

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO

SHEILA MAYER

**A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS CIVIS E CONSUMERISTAS À LUZ DA NOVA
CONCEPÇÃO DE CONTRATO**

FLORIANÓPOLIS/SC

2013

SHEILA MAYER

**A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS CIVIS E CONSUMERISTAS À LUZ DA NOVA
CONCEPÇÃO DE CONTRATO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação de
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em direito.

Orientação: Prof.^a. Msc. Leilane Mendonça Zavarizi
da Rosa

FLORIANÓPOLIS/SC

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

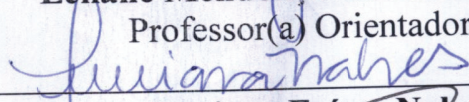
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A formação dos contratos civis e consumeristas à luz da nova concepção de contrato**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Sheila Mayer**, defendida em **04/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

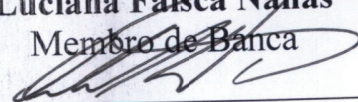
Florianópolis, 4 de Dezembro de 2013



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Luciana Faisca Nahas
Membro de Banca



Orlando Celso da Silva Neto
Membro de Banca

Dedico este trabalho a minha mãe que me ensinou um amor diferente de todos com os quais sonhei.

O difícil nós fazemos agora, o impossível
leva um pouco mais de tempo.

Ben Gurion

A aprovação da presente monografia não significará o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina às idéias, às opiniões e à ideologia que a fundamentam ou que nela são expostas.

AGRADECIMENTOS

A Deus que depositou em mim o gosto pelo belo e bom e me conduziu pelos caminhos do conhecimento para que, unindo sentimento e conhecimento, eu me faça luz!

A minha mãe que me estimulou durante todo o processo de elaboração da monografia, e a minha irmã Elisa que com suas opiniões construtivas mostrou equívocos e sugeriu correções.

Ao meu amigo e irmão Robson Inácio Souza que sempre ouviu minhas preocupações com paciência e tolerou meu entusiasmo.

Aos mestres, em especial a minha orientadora Leilane pela gentileza e orientação que dispensou a mim.

À Universidade Federal de Santa Catarina, que me proporcionou um estudo gratuito e de excelência, e sem a qual teria sido difícil a concretização deste sonho: concluir a graduação em Direito.

RESUMO

O presente trabalho desenvolve-se em torno da nova concepção de contrato introduzida no sistema normativo brasileiro por meio da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor. Preliminarmente, analisou-se o desenvolvimento do dogma da vontade e sua consolidação no Código Napoleônico. Em seguida, abordou-se o nascimento do dogma da autonomia privada introduzida na concepção de negócio jurídico pela escola pandectista. Em decorrência da massificação de consumo nascida com a revolução industrial foi necessário desenvolver novos métodos de contratação como o contrato de adesão e as condições gerais do contrato. Em razão desses novos métodos de contratação nasceram reflexões a respeito da crise do contrato, visto que as cláusulas contratuais eram estipuladas por uma das partes, cabendo a outra a aceitação sem discussão. Num segundo momento se analisou o nascimento da nova concepção de contrato, que veio no bojo do Código de Defesa do Consumidor, bem como a aproximação principiológica entre este diploma e o Código Civil de 2002. Por fim, analisou-se a formação dos contratos civil e consumeristas à luz da nova concepção de contrato.

Palavras-chave: nova concepção de contrato, formação, consumidor, civil, crise do contrato.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO À CRISE DO CONTRATO.....	13
1.1 A AUTONOMIA DA VONTADE NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS.....	13
1.1.1 A AUTONOMIA DA VONTADE NA CIÊNCIA JURÍDICA DO SÉCULO XIX	14
1.1.2 A AUTONOMIA DA VONTADE NO CÓDIGO NAPOLEÔNICO.....	16
1.2 A AUTONOMIA PRIVADA NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS.....	19
1.2.1 A CRIAÇÃO DA CATEGORIA NEGÓCIO JURÍDICO PELA ESCOLA PANDECTÍSTICA	20
1.2.2 A INTRODUÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	21
1.3 A MASSIFICAÇÃO DE CONSUMO E A CRISE DO CONTRATO.....	22
1.3.1 OS NOVOS MÉTODOS DE CONTRATAÇÃO DE MASSA	24
1.3.2 A CRISE DO CONTRATO.....	31
2 A NOVA CONCEPÇÃO DE CONTRATO	38
2.1 A TRANSFORMAÇÃO DO CONTRATO.....	38
2.1.1 A NOVA CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	39
2.1.2 A RESIGNIFICAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITOS	44
2.2 O ADVENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	45
2.2.1 A BOA-FÉ OBJETIVA	46
2.2.2 O NOVO REGIME DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	50
2.2.3 OS CONTRATOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	54
2.3 A APROXIMAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	58
2.3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	59
2.3.2 AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	60
2.3.3 A ADESÃO CIVIL	63
3 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS.....	66
3.1 A OFERTA	66
3.1.1 A OFERTA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	67
3.1.2 A OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	71
3.1.3 A OFERTA NOS MÉTODOS DE CONTRATAÇÃO EM MASSA.....	75
3.2 A ACEITAÇÃO	81
3.2.1 A ACEITAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	82
3.2.2 A ACEITAÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	84
3.2.3 A ACEITAÇÃO NOS MÉTODOS DE CONTRATAÇÃO EM MASS	87
3.3 A CONCLUSÃO DOS CONTRATOS.....	91

CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
-----------------------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95
---	-----------

INTRODUÇÃO

A constatação de que novos métodos de contratação em massa, nos quais uma das partes estipula unilateralmente o conteúdo das cláusulas sem que a outra possa discutí-las, promoveram discussões a respeito da crise do contrato. No Brasil, a discussão ocorreu a partir dos anos 80. Se por um lado se discutia a despersonalização do contrato, por outro se reconhecia que o sujeito de direitos havia sido resignificado em razão de ter sido elevado a titular de direitos fundamentais constitucionais.

Esta monografia se desenvolveu a partir da análise do papel da vontade na formação dos contratos na concepção clássica, passando pela crise do contrato e da nova concepção de contrato que foi inaugurada com o advento do Código de Defesa do Consumidor. A aproximação principiológica deste diploma com o Código Civil de 2002 foi reconhecida, visto que ambos incorporaram em seu bojo uma nova teoria geral dos contratos, refletindo na formação dos contratos civis e consumeristas.

No primeiro capítulo é realizada, em síntese apertada, uma retrospectiva do papel da autonomia da vontade, da autonomia privada na formação do contrato, bem como se observa o nascimento de novos métodos de contratação como o contrato de adesão e das cláusulas gerais do contrato. Esses métodos de contratação vieram ao encontro do fenômeno de circulação de mercadoria e serviços massificada para atingir um grande número de consumidores. Em razão de as cláusulas serem pré-estabelecidas por uma das partes sem possibilidade de discussão pela outra, nascem reflexões sobre a crise do contrato.

No segundo capítulo, analisa-se que, em verdade, a crise do contrato era um fenômeno de rejuvenescimento do instituto. Argumentava-se que os métodos de contratação em massa provocaram a despersonalização das relações, entretanto, observa-se a resignificação do sujeito de direitos, tornando o contrato um ponto de convergência de direitos fundamentais constitucionais. A vigência do Código de Defesa do Consumidor inaugurou a nova concepção de contrato, uma concepção mais social. Com o advento do Código Civil de 2002 reconhece-se uma aproximação principiológica entre os diplomas uma vez que ambos incorporaram uma nova teoria geral dos contratos.

O último capítulo é dedicado a analisar a formação do contrato à luz da nova concepção de contrato. Analisa-se a oferta dos contratos civil e o aparente evolução introduzida pelo art. 429 do Código Civil de 2002 em razão de ser quase que impossível

encontrar um caso prático no qual se aplique o artigo. Analisa-se também a oferta nos contratos consumeristas e a inaplicabilidade do art. 429, parágrafo único do Código Civil de 2002 às relações consumeristas; bem como se analisa a oferta nos métodos de contratação em massa. Também é objeto de análise a aceitação e a conclusão nos contratos.

O presente trabalho não pretende esgotar o tema, apenas contribuir com as reflexões em torno da formação dos contratos à luz da nova concepção de contrato social.

1 DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO À CRISE DO CONTRATO

Nas palavras de Gomes, “Não se pode penetrar no centro das ambigüidades e confusões que estão a provocar a crise da noção de contrato sem se ter conhecimento, mesmo superficial, do modo por que se formou a teoria do contrato” (GOMES, p. 82, 1980).

Assim, antes de se adentrar em considerações a respeito da nova concepção de contrato social, cabe fazer uma breve retrospectiva acerca do papel da vontade na formação dos contratos trazendo apontamentos sobre o dogma da autonomia da vontade, o dogma da autonomia privada, bem como sobre a crise que ensejou discussões a respeito da crise do contrato.

Os apontamentos têm razão de ser, visto que na nova concepção de contrato social “Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares autoregulem suas relações será reduzido por normas imperativas”. (MARQUES, 2004, 175-176).

1.1 A AUTONOMIA DA VONTADE NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Se se limitar a considerar o contrato exclusivamente em sua dimensão jurídica, não se poderá entender o conceito em sua essência íntima. O contrato sempre reflete uma realidade exterior a si próprio; realidade esta composta de interesses, relações, situações econômicas-sociais para as quais o contrato tem uma função instrumental (ROPPO, 2009, p. 7).

Entende Roppo que “para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade económica-social que lhe subjaz (...)” (ROPPO, 2009, p. 7).

De fato, o contrato constitui o principal instrumento de circulação de bens e serviços na sociedade, gerando direitos e obrigações (SILVA e MATOS, 2010, p. 65). “O contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas” (ROPPO, 2009, p. 8).

Roppo aduz em suas lições que:

A organização econômica (vale dizer o modo de produção e troca de bens), por seu lado, liga-se, estruturalmente, em larga medida (determinando-a e até, em certo sentido, identificando-se-lhe) com a organização social. Assim, também a evolução deste se reflecte na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais (ROPPO, 2009, p. 26).

O contrato transmuda-se para adequar-se à realidade social na qual está inserido ao afirmar que “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”. (ROPPO, 2009, p. 24). Ademais, “a idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social” (MARQUES, 2004, p. 37).

Tendo em vista as considerações acerca de que a idéia de contrato vem sendo moldada na realidade social, cabe tecer algumas considerações sobre o instituto no século XIX.

1.1.1 A autonomia da vontade na ciência jurídica do século XIX

No período clássico, em que a autonomia da vontade dominava a ciência jurídica do século XIX, o contrato foi, conforme destaca Marques, definido por Savigny como a “união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes” (MARQUES, 2004, 41).

Sobre a definição de contrato em comento, pode-se extrair conclusões que se caracterizam a concepção tradicional de contrato até os dias atuais:

Esta definição, em princípio simples, tem grande valor para a nossa análise, pois nela já podemos encontrar os *elementos básicos* que caracterizarão a concepção tradicional de contrato até os nossos dias: (1) vontade (2) do indivíduo (3) livre (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito. Em outras palavras, na teoria do direito, a concepção clássica de contrato está diretamente ligada à *doutrina da autonomia da vontade* e ao seu reflexo mais importante, qual seja, o *dogma da liberdade contratual*. (MARQUES, 2004, 42, grifo no original).

Para esta concepção, a vontade (declarada ou interna) dos contraentes é o elemento principal; representa a origem do contrato, bem como a legitimação e seu poder vinculante e obrigatório (MARQUES, 2004, 42).

A respeito da origem e conceito do Princípio da autonomia da vontade, Noronha leciona que

O “Princípio da autonomia da vontade” era expressão inspirada pela filosofia de Kant, para quem a dignidade da pessoa não se compadece com a submissão a leis outras que não aquelas que dê a si mesma. Era expressão muito adequada, também porque ressaltava uma evidente influência do jusracionalismo iluminista do século XVIII, ainda através de Kant, naquilo que ela pretendia traduzir: sendo o homem por essência livre, só por sua vontade ele poderia assumir obrigações, tanto políticas (...) como na esfera privada (...) (NORONHA, 1994, p. 111-112)

Destarte, a autonomia da vontade constituía a pedra de toque sobre a qual se erigiu a concepção de contrato na ciência jurídica do século XIX. Na concepção clássica “não há verdadeiro contrato senão onde ressalta, acima das divergências pessoais, uma vontade comum” (GOMES, 1972, p. 19).

Neste sentido se pronuncia Marques:

A autonomia da vontade era a pedra angular do Direito. A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual. É a época do liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no direito (MARQUES, 2011, p. 81).

Ressalte-se que a concepção clássica propugnava que os contratantes eram suficientemente esclarecidos e livres para velarem por seus próprios interesses (RANGEL, 2009, p. 184). “Do dogma da autonomia da vontade, como elemento criador das relações contratuais, retira-se o postulado que só a vontade livre e consciente, manifestada sem influências externas coatoras, deverá ser considerada pelo direito. Aqui, portanto, a base da teoria dos vícios do consentimento, presente no Código Civil brasileiro de 1916 (...) e (...) CC/2002” (MARQUES, 2004, 50).

Se na formação do contrato a vontade de uma das partes estiver viciada, é passível de anulação, concluindo que a validade (e a eficácia) jurídica mais uma vez dependem da vontade criadora (MARQUES, 2004, 51).

Logo, “o contrato não é o ato soberano de uma vontade criadora de direito, mas o processo de adaptação das vontades particulares na utilização de esforços comuns para a satisfação dos interesses individuais recíprocos” (GOMES, 1972, p. 19). As grandes codificações do Direito serão influenciadas por esta concepção voluntarista e liberal, repercutindo no pensamento jurídico do Brasil, sendo aceita e positivada pelo Código Civil Brasileiro de 1916 (MARQUES, 2004, 40).

Depreende-se do arcabouço jurídico vigente que “qualquer norma que outorgasse ao juiz poder suficiente para intervir nas relações contratuais (...) seria paternalista e prejudicial à segurança jurídica (RANGEL, 2009, p. 184). “A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias” (MARQUES, 2011, p. 81).

As regras contratuais na concepção clássica deveriam ter funções meramente interpretativas para não tolher a autonomia da vontade dos contratantes:

Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade

contratual. Esta concepção voluntarista e liberal influenciará as grandes codificações do Direito e repercutirá no pensamento jurídico do Brasil, sendo aceita e positivada pelo CC brasileiro de 1917 (MARQUES, 2011, p. 81-82).

A tutela que a lei oferecia era a proteção desta vontade criadora para assegurar que os efeitos pretendidos pelos contratantes se realizassem. Tutelar-se-ia a teórica autonomia, igualdade e liberdade dos contratantes no momento de contratar, entretanto, restaria totalmente desconsiderada a situação econômica e social dos mesmos (MARQUES, 2011, p. 81).

1.1.2 A autonomia da vontade no código napoleônico

Importante considerar que “A partir da revolução burguesa do início do séc. XIX o contrato passou a ter importância relevante na realização das ideias de aquisição da propriedade e para os fins da revolução industrial” (RANGEL, 2009, p. 169). “Nesta perspectiva, liberdade de contratar significava livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o comércio e a indústria” (ROPPO, 2009, p. 46).

Complementando suas considerações sobre o papel do contrato na sociedade burguesa nascente, Roppo aduz que:

O contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua legitimação (ROPPO, 2009, p. 28).

Destarte, no auge do liberalismo econômico do século XIX, a teoria do direito deu forma conceitual ao individualismo econômico vigente à época, trazendo à lume a concepção tradicional de contrato, trazendo em seu bojo os imperativos da liberdade individual e do dogma máximo da autonomia da vontade (MARQUES, 2004, 47).

A própria autoridade estatal encontrava fundamento no consentimento dos sujeitos de direito, por meio do contrato social:

Já se afirmou que o direito moderno nasce com a Revolução Francesa, neste sentido queremos destacar a influência que a famosa *teoria do contrato social* exerceu sobre o direito contratual”. Esta teoria de Rousseau lança a ideia do contrato como base da sociedade (...). Aqui vamos reencontrar o dogma da vontade livre do homem, pois, segundo esta revolucionária teoria francesa, a autoridade estatal encontra seu fundamento no consentimento dos sujeitos de direito, isto é, os cidadãos. Suas vontades se unem (em contrato) para formar a sociedade, o Estado como hoje o conhecemos (MARQUES, 2004, 45, grifo no original).

Continua a autora em seus arrazoados que “também aqui está presente a idéia de renúncia à arte da liberdade individual. É necessário renunciar através do contrato social, mas a própria renúncia é expressão do valor da vontade. O contrato é, assim, não só a fonte das obrigações entre indivíduos, ele é a base de toda a autoridade” (MARQUES, 2004, 45-46). “A concepção de contrato que convencionalmente sintetizamos como <<ideologia da liberdade contratual>> (...) alimenta o pensamento jurídico novecentista e informa as grandes codificações daquele século, em primeiro lugar, a francesa” (ROPPO, 2009. p. 40).

Destaca a autora que “a maior realização da Revolução Francesa no campo do Direito Civil, o Código Civil francês de 1804. O *Code Civil*, elaborado na época napoleônica, conjuga as influências individualistas e voluntaristas da época com as idéias do Direito Natural Moderno” (MARQUES, 2004, p. 46, grifo no original). “A noção acolhida nos Códigos, a partir do Código de Napoleão, não provêm do Direito romano, nem do Direito canônico medieval. (...) deve-se a sua construção a *filósofos* europeus, notadamente *jusnaturalistas* como Grotius e Pufendorf, que legaram sua concepção de *contrato* aos romanistas e aos pandectistas (GOMES, 1980, p. 82-83, grifo no original).

Importa trazer à consideração os apontamentos de Marques sobre o legado dos supracitados filósofos. Marques (MARQUES, 2004, p. 44) considera que “É na teoria do direito natural que encontramos, porém, a base teórico-filosófica mais importante na formação dos dogmas da concepção clássica: a autonomia da vontade e a liberdade contratual”. Argui a autora que é no direito natural que a base do dogma da liberdade contratual, visto que, constituindo uma das liberdades naturais do homem, a liberdade de contratar só poderia ser restringida pela vontade (...) do próprio homem (MARQUES, 2004, p. 44).

Analisando a posição ocupada pela matéria contratual no Código de Napoleão, Roppo alerta de que

Se atentarmos na disciplina que o legislador francês de 1804 ditou para a matéria contratual (...) um elemento ressalta antes de qualquer outro: o relativo à sua colocação sistemática, e portanto à posição que tal disciplina ocupa no complexo do corpo do código (...), os artigos que lhe dizem respeito encontram-se num livro (...) dedicado em geral aos <<diversos modos de aquisição da propriedade>> (...) o contrato, em suma, surge na consideração do legislador só no seu papel de instrumento (...) de transferência de direitos sobre as coisas, e, portanto, em primeiro lugar, o direito de propriedade (ROPPO, 2009. p. 41-42).

O Código de Napoleão, marco da história do direito, colocou a autonomia da vontade como valor supremo de seu sistema contratual delineando para sempre a concepção clássica de contrato, influenciando grande parte dos ordenamentos jurídicos do

mundo (MARQUES, 2004, 46). “(...) preceptor da era das grandes codificações, irradiou-se para outros ordenamentos jurídicos, tendo como fundamento o individualismo, carácter eminentemente patrimonialista, e, sobretudo, a imposição da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*” (SILVA e MATOS, 2010, p. 66, grifo no original).

Enquanto predominou semelhante concepção, o contrato representava o concurso de duas vontades declaradas por partes em pé de igualdade. Os contratantes regulavam direitos e obrigações, com liberdade e independência, traduziam seus interesses recíprocos (GOMES, 1980, p. 83).

Observa Roppo que

Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer <<contratual>> equivale a dizer <<justo>>. As teorias econômicas então prevalentes – traduzidas no plano prático, na directiva do laissez-faire, laissez-passar- pretendiam, de facto, que o bem estar colectivo podia conseguir-se da melhor forma, não já com intervenções autoritárias do poder público (...) (ROPPO, 2009, p. 35-36).

Todas as codificações posteriores ao Código Napoleônico seguiram o modelo francês, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916, que adotou o modelo liberal refletindo o individualismo reinante. Assim, o diploma brasileiro incorporou a noção de que o contrato vale e é obrigatório, visto que assim foi desejado pelas partes (ALVES, 2011, p. 270).

Noronha comenta que a “concepção tradicional dos contratos que ainda hoje inspira os grandes compêndios universitários, tanto os nacionais como os estrangeiros, responsáveis pelo embasamento teórico da esmagadora maioria dos juízes, advogados e mais juristas do nosso tempo”. Concepção esta herdada do século XIX, período das grandes codificações, das grandes construções doutrinárias, tão fundamentais, diz o autor “que hoje seria impensável a ciência jurídica sem elas” (NORONHA, 1994, p. 41).

O autor continua suas lições ponderando que

Tal concepção clássica dos contratos tem na sua base dois princípios fundamentais (...). Os dois princípios fundamentais são o da liberdade contratual e o da obrigatoriedade, ou da vinculação do contrato, ou, como parece que se diria melhor, da sua intangibilidade.

A liberdade contratual seria um somatório de várias “liberdades”: a liberdade de contratar ou deixar de contratar, a de eleger as pessoas com quem se contratar, a de determinar o contrato a ser celebrado, típico ou atípico, a de negociar o seu conteúdo e, por último, a de adotar a forma, verbal ou escrita, tida por mais conveniente (...).

A obrigatoriedade do contrato consistiria na vinculação das partes ao estipulado, ficando elas, como diz o Prof. BITTAR, “jungidas ao respectivo cumprimento, sob pena de sanções previstas para a hipótese”. A este respeito, diz-se que o

contrato é “lei” para as partes, fala-se na *lex contractus* e invoca-se a velha máxima *pacta sunt servanda*. A este princípio da obrigatoriedade, ou da vinculatividade, poder-se-ia chamar mais adequadamente de princípio da *intangibilidade*, porque se estaria traduzindo melhor não só a impossibilidade de qualquer das partes alterar o pactuado, como também a impossibilidade de o conteúdo do contrato ser objeto de revisão judicial (NORONHA, 1994, p. 42, grifo no original).

A idéia de força obrigatória dos contratos significa que os contratantes ao manifestarem sua vontade estão ligados por um contrato, do qual não poderão se desvincular. A desvinculação poderá ocorrer por meio de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (MARQUES, 2004, p. 50).

Salienta Noronha que os princípios da liberdade contratual e o da obrigatoriedade “eram corolários do famoso *princípio da autonomia da vontade* – segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido” (NORONHA, 1994, p. 42-43, grifo no original).

Destaque-se ainda que o princípio da liberdade de forma das convenções, o da livre estipulação de cláusulas e a possibilidade de criar novos tipos de contratos (não tipificados nos Códigos) são reflexos que o princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual produziram na teoria contratual tradicional (MARQUES, 2004, p. 49).

Corolários do princípio da autonomia da vontade eram também dois outros princípios freqüentemente citados: o do *efeito relativo* dos contratos e do *consensualismo*. Efeito relativo: se as partes só se obrigam na medida da sua liberdade, então os contratos não podem beneficiar nem prejudicar terceiros (...). Consensualismo: se as partes são livres para contrair obrigações, então ficarão vinculadas apenas pela manifestação dada nesse sentido, sem necessidade de se subordinarem a quaisquer formalidades (NORONHA, 1994, p. 43, grifo no original).

A formação dos contratos sempre esteve ligada a diferentes correntes jurídicas influenciadas por dois sistemas fundamentais, o francês e o alemão (OLIVEIRA, 2003, p. 270). Uma vez visto, em síntese apertada, o sistema francês, passa-se agora ao alemão.

1.2 A AUTONOMIA PRIVADA NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Tecendo considerações sobre a introdução do conceito de contrato no Código Napoleônico, Roppo ensina que “no plano histórico, a introdução do conceito de contrato, operada pelo código francês (...) tinha constituído uma significativa obra de generalização e de abstracção (...)” (ROPPO, 2009, p. 48).

Entretanto, como analisa Gomes, “com a decadência do voluntarismo, tornou-se necessária a explicação da categoria dos negócios jurídicos fora do dogma da vontade, levado às suas derradeiras conseqüências pela Escola das Pandectas” (GOMES, 1980, p. 42). “A decadência do voluntarismo jurídico determinou, a princípio, a substituição do dogma da autonomia da vontade pelo conceito de autonomia privada. As duas expressões não são sinônimas, significando a primeira que a vontade, real ou psicológica, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos” (GOMES, 1972, p. 30).

1.2.1 A criação da categoria negócio jurídico pela escola pandectística

A inclusão da categoria do negócio jurídico realizada pela escola Pandectística fez com que o processo de generalização e de abstração do contrato fosse levado ao extremo. Cria-se um conceito (negócio jurídico) capaz de englobar em si uma série de fenômenos reais mais amplo do que a expressa pelo conceito de contrato (ROPPO, 2009, p. 48). (...) o negócio é uma categoria mais abstrata. Tudo isto resulta de modo mais claro se se considerar a definição de negócio jurídico que haveria de tornar-se prevalente: uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos (ROPPO, 2009, p. 49).

Entretanto, influenciados pelas idéias políticas da época, os pandectistas defenderam a “onipotência da vontade individual na esfera do direito, e com tamanho empenho que lhe atribuíram alguns o valor de causa eficiente dos efeitos jurídicos, esquecidos de que encontravam na lei, necessariamente, sua força geradora” (GOMES, 1980, p. 43).

Enfim, vai se observar que a diferença fundamental entre o modelo francês e o modelo alemão é que o contrato foi concebido à sombra de uma categoria mais geral, categoria esta que compreende o contrato e outros institutos. O contrato constitui, por isso, uma espécie do gênero negócio jurídico (ROPPO, 2009, p. 47).

Chega-se a afirmar que “O contrato, tem sido proclamado, é o negócio jurídico por excelência, a mais importante fonte das obrigações” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 118). “(...) onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim” (MARQUES, 2004, p. 38).

Sobre os esforços da escola da Pandectística para enquadrar o contrato como espécie do gênero negócio jurídico, Gomes esclarece que

Os pandectistas qualificaram o contrato como uma das espécies do gênero negócio jurídico (...). O próprio SAVIGNY, ao tratar das Obrigações, adverte que os contratos formam uma aplicação isolada, conquanto de importância

especial, da idéia muito mais ampla de declaração de vontade, que se tinha como a essência do negócio jurídico. A este se identificava, de tal modo, que veio a ser conceituado como declaração de vontade de uma ou várias pessoas para a criação de efeitos jurídicos. O negócio jurídico foi definido, em suma, como a declaração de vontade com o fim imediato de adquirir, modificar ou extinguir direitos, ou o acordo por via do qual os particulares se propõem a conseguir um resultado jurídico. Toda vez que a vontade era declarada para a aquisição de direitos pelo mútuo consentimento, o negócio jurídico, assim constituído plurilateralmente, se designava *contrato* (GOMES, 1972, p. 34, grifo no original).

A noção de contrato, assim construída “Tornou-se (...) um molde jurídico de larga aplicação, passando a ser usada para significar todo acordo de vontades idôneo à criação, modificação ou extinção de direitos, no direito privado como no direito público” (GOMES, 1972, p. 34).

1.2.2 A introdução da autonomia privada na teoria do negócio jurídico

Importava rever a teoria do negócio jurídico em pontos fundamentais, concluindo-se que “(...) a categoria do *negócio jurídico* tem sua razão de ser na exigência de se reconhecer e regular a *autonomia privada*” (GOMES, 1980, p. 43, grifo no original). Assim, a noção de autonomia privada incorporou-se à teoria do negócio jurídico (GOMES, 1980, p. 42).

Etimologicamente, autonomia significa poder de modelar por si as regras de sua própria conduta. Autonomia privada (...) significa “liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no <<consenso>> contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio” (ROPPO, 2009, p. 128).

Nas lições de Gomes encontramos não apenas a definição, mas também a função da autonomia privada

Não consiste esta autonomia, como sustentaram os partidários da concepção voluntarista, na liberdade de querer, nem, como parece aos defensores da concepção objetivo do negócio jurídico, no poder de criar normas ou preceitos. Por autonomia privada se deve entender, segundo a famosa definição de Betti, a auto-regulação dos interesses particulares. O negócio jurídico é, por excelência, o ato de autonomia privada, isto é, a atividade humana, simples ou complexa, correspondente à essência da autodeterminação dos interesses particulares, dirigida, por conseguinte, a esse fim. Consiste a auto-regulação na composição que os particulares realizam dos próprios interesses, disciplinando-os concretamente. A esses atos de auto-regulação de interesses, realizados nas condições permitidas, dota a lei de eficácia jurídica (GOMES, 1980, p. 43-44)

O Princípio da autônima privada é expressão que veio substituir aquela da autonomia da vontade. “o princípio da autonomia privada é tradicionalmente invocado, e

agora com razão como fundamento tanto do princípio da liberdade contratual como dos princípios do consensualismo e do efeito relativo dos contratos” (NORONHA, 1994, p. 111-116).

No conceito de autonomia privada compreendem-se o poder de determinar o conteúdo do contrato, o poder de escolher livremente se contratar ou não contratar; o poder de escolher com quem contratar (ROPPO, 2009, p. 132-133).

Pode-se, inclusive elencar razões que fundamentam a autonomia privada em detrimento da autonomia da vontade (CASSETARI, 2013, p. 188, grifo no original):

1. Atualmente se entende que a autonomia não é da vontade, mas sim da pessoa, o que reforça a tese de que saímos da era de *patrimonialização* (valorização do patrimônio) e estamos num momento de *personificação* (valorização da pessoa humana);
2. A crise que impera na manifestação da vontade em razão de vários fatores (...);
3. Proliferação dos contratos de adesão.

Por fim, constata-se que a concepção de contrato sofreu nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação e, em face, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico (MARQUES, 2004, p. 39). “Nas sociedades contemporâneas, o contrato e o direito dos contratos apresentam-se-nos, assim, muito diferente de como se apresentavam no século passado” (ROPPO, 2009, p. 295).

1.3 A MASSIFICAÇÃO DE CONSUMO E A CRISE DO CONTRATO

A respeito das mudanças no contrato e direito dos contratos Gomes lembra que “Na crista de importantes mudanças, o Estado entra em cena e se passa das situações voluntárias (consentidas), que os interessados escolhem, para o estatuto imposto, surgindo figuras jurídicas de duvidoso caráter contratual, tais como (...) o contrato de adesão” (GOMES, 1980, p. 83).

Sobre este contrato de adesão é que se passa a tratar agora.

Na sociedade de consumo predominam os métodos de contratação em massa. Com estes métodos surge o fenômeno da pré-disposição unilateral do conteúdo do contrato por meio de contratos de adesão e por meio de contratos submetidos a condições gerais (MARQUES, 2011, p. 83).

A objetivação do contrato promoveu a erosão do papel da vontade em sentido psicológico, sem atingir o núcleo central da autonomia privada.

Os processos de objectivação do contrato determinaram (...) uma erosão do papel da vontade, entendida em sentido psicológico, mas não atingiram o núcleo essencial das prerrogativas de autonomia privada, não implicaram, de *per si*, uma restrição da liberdade econômica dos operadores (...). Mas a evolução do instituto contratual registra, outrossim, fenômenos muito relevantes, que reflectem verdadeiras e próprias restrições da liberdade contratual, limitações substanciais do autônomo poder de decidir e desenvolver, sob a forma de contrato, as iniciativas econômicas sugeridas pelas conveniências de mercado. (ROPPO, 2009, p. 311).

A expressão autonomia da vontade não é mais utilizada em razão da crise da vontade (CASSETARI, 2013, p. 188). A evolução da industrialização, a rapidez e a multiplicidade do comércio de bens, conduziu à massificação das relações contratuais. Desencadeou-se uma crise na teoria contratual clássica. “Os métodos de contratação em massa passaram a predominar em quase todas as relações entre empresas e consumidores, exigindo uma mudança das teorias e das normas jurídicas referentes a contratos” (MARQUES, 2011, p. 82).

A nova realidade social, que trazia em seu bojo profundas transformações sócio-econômicas exigia a reformulação de instrumentos clássicos, visto que estes não atendiam mais às necessidades nascidas no novo contexto social, político e econômico.

As transformações políticas e econômicas reclamaram o recondicionamento de instrumento jurídicos clássicos, na tentativa de os adaptar à nova realidade social. Cedo se percebeu, porém, que, a despeito da elasticidade das estruturas formais, esse método não atendia às exigências práticas. Compreendeu-se a necessidade de criar novos instrumentos e vai-se percebendo que é preciso reelaborar os princípios e rever os conceitos. É que esses princípios e conceitos se formularam sob a presidência de um pensamento que refletia a ordem econômica liberal e individualista. A autonomia privada e o direito de propriedade foram configurados como instrumentos indispensáveis basicamente à consolidação dessa ordem econômica. Tornaram-se impróprios, ou deficientes, nessa linhas, a uma economia que não mais se apóia no livre jogo das forças econômicas, tendendo, ao contrário, para se subordinar ao poder regulador do Estado, respeitada, porém, embora com muitas limitações, a liberdade de iniciativa econômica. A conciliação da iniciativa privada com a intervenção direta do Estado determina nova organização jurídica das relações econômicas. O estado passou a imiscuir-se nas relações entre particulares, limitando a autonomia privada ao ponto de determinar, em grande parte seu mesmo esquema, como se verifica notadamente nas que têm por objeto a venda de certos bens ou o fornecimento de determinados serviços. Foi necessário reexaminar o processo dessa intromissão. A inserção automática das determinações do Estado no conteúdo das relações entre particulares implica a integração, nos seus efeitos, de cláusulas vindas de fora (GOMES, 1972, p. 39).

Destarte, novos instrumentos, métodos de contratação, fizeram-se necessários de modo a acompanhar as transformações políticas e econômicas, bem como as exigências de cunho prático que as acompanharam.

1.3.1 Os novos métodos de contratação de massa

Entre os novos métodos que visam a disciplina e conclusão de contratos de massa, importa trazer à lume algumas considerações sobre o contrato de adesão e as condições gerais dos contratos, visto que a “crise na manifestação da vontade das partes de uma relação contratual (...) exigiu uma mudança de estrutura no contrato, para que fosse possível adaptá-lo à nova realidade dos nossos tempos” (CASSETARI, 2013, p. 183).

Na sociedade contemporânea é comum ver nos contratos de adesão uma das mais significativas e graves restrições da liberdade contratual (ROPPO, 2009, p. 311). A utilização de contratos de adesão simplifica e acelera o processo de conclusão de negócios determinando a redução dos custos de contratação que caracterizava os métodos de negociação individual, visto que ocorre a economia de tempo, meios e atividades. Importante ressaltar que a predisposição de esquemas contratuais uniformes e rígidos aplicáveis a todas as relações de um certo tipo de contratação reduzem a liberdade de negociação dos funcionários do empresário no momento da contratação. Assegura-se a estratégia da empresa, a homogeneidade das contratações, a coordenação central, que restariam prejudicadas se funcionários tivessem plena liberdade de discutir com os contratantes e determinar, caso a caso, o conteúdo de cada contrato (ROPPO, 2009, p. 314).

Em que pese a simplificação e a aceleração no processo de conclusão de contratação em massa e a conseqüente redução dos custos para o empresário, impende reconhecer que os consumidores aderem ao contrato sem conhecerem ou entenderem o conteúdo do instrumento contratual

Hoje, estas novas técnicas de contratação são indispensáveis ao moderno sistema de produção e de distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminá-las da realidade social. Elas trazem vantagens evidentes para as empresas (rapidez, segurança, previsão dos riscos, etc.), mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes hipossuficientes ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboraram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um Direito mais social. Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-los da maneira que mais lhe convém, incluindo uma série de cláusulas inequitativas ou abusivas (MARQUES, 2011, p. 84).

Pode-se afirmar, então, que a técnica de contratação por meio de adesão é um fenômeno inarredável na sociedade de consumo, “como propiciador de inúmeras

vantagens, como a simplificação, economia de tempo e dos custos, uniformização nas relações jurídicas com diversos contratantes etc” (ALVES, 2011, p. 271).

Por outro lado, é possível falar, que com a contratação em massa ocorre a restrição da liberdade contratual do aderente que tem limitado o exercício da autodeterminação em relação a aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. O aderente não é livre para discutir e contribuir na determinação do conteúdo contratual. Nalgumas situações em que os bens e serviços são oferecidos ou prestados em situação de monopólio, como, por exemplo, os serviços postais do correio, o aderente não tem nem a alternativa de escolher parceiro contratual. Noutras situações não tem o aderente a opção de contratar ou não contratar porque a adesão ao contrato é o único meio de a bens ou serviços essenciais, como, por exemplo, os serviços de fornecimento de energia e água (ROPPO, 2009, p. 317).

Neste sentido também se encontra a lição de Marques que considera que a liberdade de escolha do parceiro contratual foi reduzida com a concentração das empresas e os monopólios, estatais ou privados. “Em casos de serviços imprescindíveis, como água, luz, transporte, fala-se mesmo em obrigação de contratar, assim também, no caso de seguros tornados obrigatórios, pois permanece a liberdade de escolha do parceiro, mas não a de redigir ou não o contrato. O dirigismo contratual passa a dominar” (MARQUES, 2004, p. 223).

Segundo Marques, o poder estatal dita o regulamento e autorização de muitos contratos por meio do intervencionismo legal

O conteúdo de muitos contratos será ditado, regulamentado ou autorizado pelo poder estatal. Os contratos pré-redigidos pelas empresas substituirão o negócio jurídico bilateral antes concluído individualmente, desaparecendo o laborioso processo de negociações e discussões preliminares. Permanece a liberdade de contratar, isto é, a de realizar ou não um determinado contrato, mas a liberdade contratual, liberdade para determinar o conteúdo da relação obrigacional sofreria graves limitações através das novas técnicas de contratação e também, através do intervencionismo legal na vida dos contratos, por exemplo, quando da fixação obrigatória de preços ou da renovação compulsória de locação para os atuais inquilinos (MARQUES, 2004, p. 223-224).

Relevante são os apontamento de Gomes de que o aparecimento de grandes empresas repercutiu profundamente na propriedade. O empresário investiu-se no poder econômico, com controle do processo de produção e distribuição da riqueza e com possibilidade de praticar atos que incidem de forma poderosa na esfera de interesses de numerosas pessoas (GOMES, 1972, p. 37).

Citando Barcelona, o autor esclarece que o poder da grande empresa não consiste mais na propriedade formal dos bens produtivos ou na disponibilidade jurídica da

força-trabalho; manifesta-se este poder no privilégio de determinar unilateralmente o regulamento dos negócios jurídicos que trava na persecução dos objetivos da empresa. (GOMES, 1972, p. 37).

Nesse momento, interessa diferenciar cláusulas contratuais gerais de contrato de adesão, visto que são utilizados como se se tratasse do mesmo método de contratação de massa.

Impende ainda ressaltar que a disciplina do contrato de adesão no Código Civil/2002 e Código de Defesa do Consumidor brasileiros serão objeto de consideração nos capítulos 2 e 3 desta monografia em consideração a ordem cronológica do surgimento dos institutos e dos diplomas em apreço.

Portanto, para análise dos contratos de adesão e das condições gerais do contrato partimos do pressuposto que “As expressões condições gerais dos contratos e contratos de adesão não são, portanto, sinônimas” (MARQUES, 2011, p. 84).

1.3.1.1 O contrato de adesão

Preliminarmente, cabe estabelecer diferenciação entre os contratos de adesão e as cláusulas gerais contratuais, visto que há utilidade prática na distinção.

Pode-se afirmar que “O contrato de adesão não é categoria contratual autônoma nem tipo contratual, mas somente técnica de formato do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do mesmo, exigência das economias de escala” (NERY, 2007, p. 524).

Os contratos de adesão são caracterizados pela forma instrumental de que se revestem; já as cláusulas contratuais gerais por sua destinação que é a generalidade de destinatários (WERNER, 2007, p. 103). Ou seja, “a relação existente entre as cláusulas contratuais gerais e os chamados contratos de adesão é, respectivamente, de conteúdo e continente, ou seja, o contrato de adesão é o instrumento que concretiza os efeitos das cláusulas gerais” (ALVES, 2011, p. 289).

Lembra Gomes que as cláusulas gerais se destinam a ser a *lex contractus* de uma seqüência ilimitada de negócios jurídicos a serem firmados “Caracterizam-se tais cláusulas pela generalidade, uniformidade e abstração, repetindo-se, sem se exaurirem, em todos os contratos dos quais sejam o conteúdo normativo e obrigacional. (...). A bem dizer, a cumulação dos dois aspectos significa que se apresentam como dois momentos lógica e cronologicamente diversos do mesmo fenômeno” (GOMES, 1972, p. 3-4).

Feita a distinção entre contrato de adesão e cláusulas gerais dos contratos, importa definir a técnica de contratação em massa: contrato de adesão.

Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

É, primeiramente, um negócio jurídico bilateral. Forma-se pelo concurso de vontades destinado à jurisformização do intento empírico das partes, apresentando-se como expressão da autonomia privada.

A determinação do conteúdo desses contratos é prévia e unilateral. Uma dos sujeitos redige-as antecipadamente para sua utilização nas eventuais relações jurídicas que travará com pessoas indeterminadas. O esquema é, normalmente, a obra exclusiva de uma das partes dos contratos seriados (GOMES, 1972, p. 3-4).

Da definição apresentada acima se reconhece que o contrato de adesão, negócio jurídico bilateral, apresenta-se como expressão da autonomia privada. Neste momento torna-se necessário resgatar o conceito de autonomia privada “como a margem de liberdade que é concedida aos particulares para atuarem da forma que melhor lhes aprouver no mundo negocial, estabelecendo relações jurídicas que atendam a seus interesses, observados os limites legais” (ALVES, 2011, p. 279).

O contrato se transformou para adequar-se ao mercado, à organização sócio-econômica de cada época a que foi chamado para regular os interesses dos contratantes. Entretanto, ao se transformar o contrato continuou a desempenhar aquela sua função fundamental nas economias capitalistas de mercado, “a função de *instrumento da liberdade de iniciativa econômica*. Está agora claro que as transformações do instituto contratual (...) não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada” (ROPPO, 2009, p. 310, grifo no original). “o aderente não estará privado do seu gozo” (ALVES, 2011, p. 281).

Sobre o conteúdo dos contratos de adesão ao aderente não cabe discussão de cláusulas centrais. O que se observa na prática é a faculdade de aceitar em bloco as cláusulas estabelecidas ou procurar outro fornecedor de bens e serviços.

No contrato de adesão o seu conteúdo é preestabelecido por uma das partes, restando à outra somente a possibilidade de aceitar em bloco as cláusulas estabelecidas, sem poder modificá-las substancialmente, ou, então, recusar o contrato e procurar outro fornecedor de bens. Assim, os consumidores que desejarem contratar com a empresa ou mesmo com o Estado já receberão pronta e regulamentada, geralmente em formulários impressos, a relação contratual, seus direitos e obrigações, não havendo negociação individual dos termos desse contrato. Dessa maneira, limita-se o consumidor a aceitar (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas do contrato, assumindo um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado (MARQUES, 2011, p. 83).

A conclusão de um contrato, em regra, é precedida de uma fase de negociações, “no decurso da qual as partes discutem termos e condições do negócio, para procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesses e depois para atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça as exigências de ambas, e por ambas possa ser aceite” (ROPPO, 2009, p. 105).

Já nos contratos de adesão, em regra, o aderente pode discutir cláusulas periféricas como melhor data de vencimento, débito da fatura em conta etc. As cláusulas centrais que estabelecem obrigações e direitos fogem da discussão por serem pré-estabelecidas e constituírem, por assim dizer, o núcleo rígido do contrato. Neste sentido Miranda caracteriza o contrato de adesão quanto (im)possibilidade de discussão das cláusulas

(...) a propósito da formação do contrato, dir-se-ia que é uma proposta contratual, contida em um formulário padronizado, dirigida ao público em geral ou a determinada categoria de pessoas, para que, quem quer que esteja interessado em aderir a essa proposta, o faça, aceitando toda a matéria contratual exposta, globalmente considerada e em suas determinações específicas, sem possibilidade de alterar, por sua vontade, no que for relevante, o conteúdo contratual apresentado. (MIRANDA, 2002, p. 19)

Um ato que se inicia com uma declaração emitida para o público pelo estipulante, contendo uma proposta contratual, do tipo de uma promessa irrevogável de contratar, mediante cláusulas uniformes, por ele formuladas unilateralmente, para possíveis aderentes, sobrevivendo-lhes, em função disso, sucessivas declarações de aceitação, que dão origem a outras tantas relações jurídicas determinadas que se constituem em contratos singulares que, uma vez superado esse inicial modo de formação, em tudo se igualam aos contratos de modelo clássico (MIRANDA, 2002, p. 136-137)

No quadro tradicional do contrato as partes exercem a atividade criadora compondo cláusulas ou regras da relação contratual. “Nas situações novas que exigem a sucessão de vínculos de conteúdo uniforme, as cláusulas ou regras preexistem à sua constituição” (GOMES, 1972, p. 36). (...) resume-se, no máximo, a um “simples acto de adesão mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de <<declaração de vontade>>” (ROPPO, 2009, p. 303).

Gomes distinguia *contrato de adesão* de *contrato por adesão* para casos em que há ou não o monopólio de fornecimento de bens e serviços (CASSETARI, 2013. p. 186).

Assim se expressou Gomes sobre a referida classificação

A expressão contrato de adesão tem sentido mais estreito do conteúdo empregado pra designar a predeterminação *unilateral* do conteúdo de contratos similares, nelas insertas as cláusulas uniformes que não podem ser rejeitadas. Outros lhe atribuem significado ainda mais restrito, reservando-a para as relações jurídicas nas quais há imposição de cláusulas atentatórias do equilíbrio

normal do contrato, por uma das partes.

Não parece razoável esse estreitamento. É a forma do consentimento que identifica mais rapidamente a figura jurídica do contrato de adesão se, obviamente, a reconstituição unilateral do seu conteúdo for realizada para contratos em massa. Afinal, a aceitação em bloco de cláusulas preestabelecidas significa que o consentimento se dá *por adesão*. Na observação de Saleilles, uma das partes dita a sua lei não mais a um indivíduo, mas a uma coletividade indeterminada. Não importa, desse modo, que as cláusulas predeterminadas integrem, mediante incorporação ou remissão, o conteúdo de todos os contratos, nem se altera a configuração por ser a predeterminação obra de terceiro, como na hipótese de provir de regulamento, patenteia-se o mesmo processo de estruturação, porquanto uma das partes adere a cláusulas, que tem de aceitar globalmente, sem ter participação da sua formulação. Em todos esses casos, a expressão *contrato de adesão*, consagrada pelo uso, pode ser mantida, a despeito das objeções que continua a levantar. (GOMES, 1995, p. 111, grifo no original)

Conforme a classificação talhada por Gomes, a designação *contrato de adesão* se restringiria àqueles casos em que as cláusulas uniformes preestabelecidas não podem ser rejeitadas pelo aderente, como quando o Poder Público faz estipulações unilaterais. Por sua vez, na designação *contrato por adesão* se enquadrariam as demais estipulações unilaterais, cujas cláusulas não sejam irrecusáveis pelo futuro aderente (NERY, 2007, p. 523).

A crítica da doutrina sobre a classificação de Gomes se dá em razão de que a definição “desse tipo contratual é feita pela forma de contratação e não pelo objeto da relação negocial” (NERY, 2007, p. 523). A definição de contrato de adesão, na dicção do art. 54, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange ambas as formas de contratação vislumbradas pelo mestre baiano, “de modo que não foi olvidada nenhuma das facetas daquele fenômeno, não havendo, por conseguinte, prejuízo para a dogmática do Direito Contratual” (NERY, 2007, p. 524).

1.3.1.2 As condições gerais dos contratos

Marques entende que os contratos submetidos a condições gerais são aqueles que podem ser escritos ou não. Nestes contratos a autora identifica que o comprador vai aceitar, tácita ou expressa, que cláusulas disciplinem seu contrato específico. As cláusulas são pré-elaboradas pelo fornecedor, unilateral e uniformemente, para um número indeterminado de relações contratuais (MARQUES, 2011, p. 83-84). “em geral são predispostos pela empresa a todos os adquirentes e usuários de bens e serviços” (RANGEL, 2009, p. 169-170). “A simples elaboração e disponibilização das “ccg” já pode configurar movimento e poder atrativo, com conseqüente conteúdo vinculante” (WERNER, 2007, p. 101-102).

A título de exemplo de contratos submetidos a condições gerais pode-se citar os contratos de transporte, contratos a vista em macro-mercados, em garagens e mesmo alguns contratos bancários. Condutas sociais típicas na sociedade como embaçar em um ônibus, hospedar-se em um hotel, vão indicar que foi concluído um contrato sob cláusulas gerais. A lista de cláusulas que forma as condições gerais dos contratos do empresário pode não estar inserida no instrumento do contrato porque constitui um anexo deste, porque está afixada no estabelecimento ou porque o contrato foi oral (MARQUES, 2011, p. 83-84).

Pode-se concluir que o preço final do produto ou dos serviços colocados à disposição do aderente refletirá a racionalização do tráfego comercial proporcionado por meio de uniformização de procedimentos que as cláusulas contratuais gerais disciplinam (ALVES, 2011, p. 288).

Ponto relevante que distingue as condições gerais do contrato do contrato de adesão é o fato de que está sujeito à aceitação. Entretanto, por serem direcionadas a um destinatário indeterminado, “não se poderia querer assemelhar as cláusulas contratuais gerais (‘ccg’) a uma proposta (...). São, no entanto, também destinadas a uma aceitação. Em princípio, bastará tal aceitação para que a vinculação de ambas as partes possa ser reconhecida e se regule conforme o programa contratual que estabeleçam” (WERNER, 2007, p. 101, grifo no original).

As condições gerais dos contratos precisam ser inseridas em um contrato para terem força obrigatória para contratantes em razão de não possuírem força normativa legal ou de regulamentos (MARQUES, 2004, p. 70). No mesmo sentido encontramos a lição de Gomes que esclarece que as condições gerais vão constituir o conteúdo obrigacional dos contratos celebrados, e, em que pese o fato de não serem disposições legais, “exercem igualmente uma função normativa no sentido de que regulam inevitavelmente, de modo uniforme, a conduta das partes e seus interesses no curso da obrigação” (GOMES, 1972, p. 4).

A inclusão das cláusulas gerais nos contratos¹ deve observar alguns requisitos que assegurem ao consumidor informação de que serão utilizadas cláusulas gerais no seu contrato específico, conhecimento do conteúdo das cláusulas gerais e, por fim, sua aceitação

São três os pré-requisitos do pacto de inclusão:

1. o primeiro requisito é que o consumidor tenha sido informado pelo fornecedor

¹ As cláusulas gerais nos contratos serão abreviadas por meio da expressão CONDGs

que condições gerais serão usada no futuro contrato. Normalmente o consumidor será informado pelo fornecedor no momento do fechamento do contrato que o fornecedor usa CONDGs para todos os seus contratos.

2. o segundo pré-requisito para inclusão das CONDGs em ais subjetivo, é a possibilidade do consumidor tomar conhecimento do conteúdo real das CONDGs. Isto é, não basta a simples menção de que CONSDGs serão usadas no contrato, é necessário que o homem comum possa ler e entender o que significam aquelas cláusulas, quais as obrigações e os direitos que está aceitando (...). Relembre-se aqui, que não raramente o vendedor procura introduzir suas CONDGs no contrato de modo um pouco furtivo: um texto impresso em letras pequenas, de cor verde, um texto longo, de difícil leitura, impresso no verso de documentos.

3. o terceiro requisito é a aceitação, tácita ou expressa, do consumidor. (MARQUES, 2004, p. 71-73)

Vê-se, portanto, que a inclusão das condições gerais do contrato depende da “adesão (consentimento) manifestada pelo aderente, com o que parece impossível coadunar-se a idéia de uma norma jurídica ditada unilateralmente, sem ao menos a manifestação (adesão) do aderente para que ganhe eficácia no mundo jurídico” (ALVES, 2011, p. 282). “A adesão não seria mais do que o comportamento necessário a provocar a incidências das normas numa situação concreta. (GOMES, 1972, p. 117).

Como se observa, o fim do século XX trouxe uma grande ruptura que consiste na criação de uma nova economia que modificou profundamente a estrutura social e ensejou, de fato, a criação da sociedade de massas (WALD, 2003, p. 59).

Segundo Grau, os consumidores não são protegidos por solidariedade. A proteção de que gozam não é produto de sentimento de solidariedade, constitui, sim, uma estratégia para a promoção da fluência do mercado. Por esta razão, prossegue Grau sustentando que não existe e não deve ser perseguido um novo paradigma de contrato. O contrato vai continuar viabilizando a fluência das relações de mercado e somente enquanto atender a essa função a proteção do consumidor encontrará respaldo no sistema jurídico (GRAU, 2001, p. 6-7).

Sobre a crise do contrato passa-se a tecer algumas considerações a partir de agora.

1.3.2 A crise do contrato

Noronha comenta que “Nem sequer foi fácil para os juristas compreenderem que havia um divórcio entre as concepções contratuais que lhes havia sido ensinada nas Faculdades de Direito e o contrato que se praticava na sociedade, na vida do dia-a-dia!” Citando Savatier, nas *Métamorphoses*, Noronha reflete que se compreende a perplexidade

“era tão bela e tão simples, a noção de contrato no Código Civil!” (NORONHA, 1994, p.74).

Gomes ressalta que “Não se pode penetrar no centro das ambigüidades e confusões que estão a provocar a *crise da noção* de contrato sem se ter conhecimento, mesmo superficial, do modo por que se formou a teoria do contrato” (GOMES, 1980, p. 82, grifo no original). No mesmo sentido Grau afirma que “O discurso a respeito da crise do contrato e da necessidade de um novo paradigma é desenrolado a partir da análise da teoria clássica do contrato” (GRAU, 2001, p. 2).

A semente da nova concepção de direito dos contratos se encontrava “Nas discussões do fim do século XIX, no início do século XX, sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada” (MARQUES, 2004, p. 51).

No Brasil, as discussões sobre a alteração nos paradigmas tradicionais de contrato alcançaram as academias nos anos 80 conforme observa Grau

É corrente a afirmação de que houve alteração nos paradigmas tradicionais do contrato, o que atribuí, a quem o afirme, certificado de cultura: desde o início dos anos 80 está na moda a alusão a paradigma. E a essa primeira afirmação segue a da necessidade de construção de um “novo paradigma” de contrato. No final dos anos noventa, mais do que nunca, essa premência é anunciada com bulha nas academias, pois o *e-commerce* exigiria urgentemente “um novo paradigma de contrato” (GRAU, 2001, p. 1-2).

Segundo Wald, “A grande ruptura que ocorreu no fim do século XX consiste na criação, no reconhecimento e na generalização, no mundo inteiro, de uma nova economia que modificou profundamente a estrutura social e ensejou, de fato, a criação da sociedade de massas” (WALD, 2003, p. 59). “A organização econômica (vale dizer o modo de produção e troca de bens), por seu lado, liga-se, estruturalmente, em larga medida (determinando-a e até, em certo sentido, identificando-se-lhe) com a organização social” (ROPPO, 2009, p. 26).

“O mercado de consumo deixou de ser baseado na produção artesanal (...)” (AFONSO, 2011, p. 507). O aparecimento da contratação em massa contribuiu para as transformações na concepção de contrato. A expansão industrial promoveu o aparecimento da contratação em massa. A posterior Revolução Comercial desenvolveu-a por expandir progressivamente o comércio e os serviços destinados a maior número de pessoas (ALVES, 2011, p. 271).

Noronha comenta o fenômeno de aparecimento da contratação em massa

Típico do primeiro momento foi, como é natural, o próprio Saleilles, que foi quem primeiro se apercebeu do fenômeno da nova contratação. Em páginas das mais célebre de toda a literatura jurídica publicada no dealbar deste século XX, no preciso ano de 1901, descreveu esses “pretensos contratos, que de contratos

não têm senão o nome”, que “as relações sociais fizeram surgir”, e que, “os romanos já o diziam, se aproxima bem mais da *lex* do que do acordo de vontades” – aos quais, dizia, “se poderia chamar, à falta de melhor, os contratos de adesão” (NORONHA, 1994, p. 76, grifo no original)

Analisando o fenômeno desses pretensos contratos, Gomes considera que “Os fatos revelam que atualmente numerosas situações subjetivas não decorrem desse acordo de vontades (...). Tais relações jurídicas constituem-se por outro modo, conquanto em alguns casos se apresentem como se nascessem de um contrato” (GOMES, 1972, p. 35).

Por sua vez, Grau lembra que “devemos ficar bem alertas ao fato de que atualmente não estamos, apenas, procurando reconstruir a teoria geral do contrato, mas sim reconstruir teorias que expliquem uma realidade social inteiramente renovada. A consciência desse fato deve ser o pressuposto da interpretação contratual” (GRAU, 2001, p. 2).

Os pretensos contratos se formam por fatos ou atitudes, revelando que o molde contratual clássico não explica satisfatoriamente a inserção das partes no sistema normativo. A noção de contrato está abalada em razão do outro mecanismo de formação de vínculos obrigacionais imposto pelas exigências práticas da vida econômica. (GOMES, 1972, p. 35).

Em que pese o fato de hoje ser reconhecida a natureza contratual dos contratos de adesão, tanto pelo Código Civil quanto pelo Consumerista, Gomes, à época de suas investigações doutrinárias se debruçava sobre a questão da sua natureza jurídica neste sentido

A insistência em emprestar natureza contratual a essas relações jurídicas tem determinado, até, a impressão crescente de que está ultrapassada a noção de contrato. Afirma-se a perda de sua consistência, tornando-se polêmicas as suas próprias bases sociológicas. Na realidade, a denunciada crise do contrato deflui da insistência em estender seu conceito a figuras jurídicas que a rejeitam. É obsessivo o intuito de o conservar como o conceito-chave do Direito (GOMES, 1972, p. 29-30).

Assim, a massificação das relações comerciais provocou modificação na concepção tradicional de contrato. Antes realizado por meio de negociações individuais, agora o contrato é estruturado em cláusulas preestabelecidas por um dos contraentes, destinando-se a um sem número de pessoas. Tais contratos deixavam de observar a visão clássica de um acordo de vontades baseado na prévia discussão de suas cláusulas (ALVES, 2011, p. 271). “Diante de todas essas modificações, alguns autores chegam a reconhecer a morte do contrato ou, ao menos, o fim da liberdade contratual, do mesmo modo que, há certa de meio século, alguns eminentes juristas diagnosticavam o ‘declínio do direito’” (WALD, 2003, p. 75). “À morte do contrato corresponde o fim da teoria

clássica, que, na dicção de GUIDO ALPA, cede ante a necessidade da análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa” (GRAU, 2001, p. 2).

A academia continuava ensinando a concepção clássica de contrato enquanto a realidade mostrava que as funções e o conteúdo do contrato haviam se modificado, conforme leciona Noronha

Nos livros, ensinava-se a concepção clássica do contrato, insistia-se em que este resultava de um processo iniciado por negociações preliminares, incluindo proposta, discussão delas, e por aí adiante, até que as partes, livres e iguais, alcançassem o acordo, que poria em equilíbrio os pratos da balança da justiça. A realidade, porém, era bem outra; o contrato havia sido transformado, nas suas funções e até no seu conteúdo (NORONHA, 1994, p.75).

Noronha continua suas considerações sobre a modificação da na concepção de contrato verificando que o contrato concebido na forma tradicional estaria perdendo importância

A segunda fase da evolução, significativamente ilustrada pelo título *The death of contract* de um livro de conhecido jurista norte-americano, Gilmore, publicado em 1974, via nas novas figuras jurídicas que surgiam sinais de que o contrato, concebido na forma tradicional do puro acordo de vontades, estaria perdendo importância: as partes não mais podiam determinar o conteúdo dos contratos que celebravam, que muitas vezes era preestabelecido por uma delas (contratos de adesão), enquanto outras vezes era a própria lei que tudo regulamentava (contratos regulados); em muitos casos, as partes nem sequer tinham a liberdade de celebrar ou deixar de celebrar o contrato, como acontecia no contrato necessário e no autorizado. Tudo seria sintomas de que o contrato, acordo de vontades, estaria morrendo... mais ainda, o próprio contrato estaria sendo substituído, no mundo dos negócios, por *non-contractual relations*, como se tentou demonstrar, sobretudo nos Estados Unidos (NORONHA, 1994, p.78-79, grifo no original).

Importante considerar que “o modelo individualista do contrato não mais atendia às necessidades geradas pela *estandardização* das relações negociais, vindo a gerar, em consequência, um abalo na teoria contratual até então inabalável” (ALVES, 2011, p. 271, grifo no original).

Assim, “a vontade dos contraentes já não conta, e uma vez que essa vontade se identifica com a essência do contrato, retiram conclusões, em termos de crise, de declínio, ou até de <<morte>> do próprio conceito de contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada (...)” (ROPPO, 2009, p. 296). “O atual modelo contratual esta em crise, em decorrência da proliferação dos contratos de adesão, em que o aderente não pode alterar substancialmente o conteúdo do contrato, ou seja, uma parte impõe o conteúdo contratual à outra” (CASSETARI, 2013, p. 182).

O contrato não está morrendo. Noronha salienta que o que está morrendo é uma concepção inadequada de contrato que teve sua importância em dado momento histórico

Mas, felizmente, o contrato não estava morrendo, e nem sequer em crise. O que estava morrendo era uma concepção inadequada, que considerava como sendo contratual unicamente uma determinada relação jurídica, que teve o seu apogeu em certo período histórico e que pressupunha que as partes fossem, por sua própria natureza, iguais - “igualmente livres”, poder-se-ia talvez dizer. Faltando este pressuposto, que era condição necessária para a realização de uma justiça contratual (...), era, evidentemente, necessário procurar o caminho que restituísse ao contrato a justiça. E outra coisa, afinal não visavam as formas de intervenção que ficaram conhecidas por dirigismo econômico (...) (NORONHA, 1994, p. 78).

No mesmo sentido encontram-se as ilações doutrinárias de Wald, que evocando a figura mitológica da fênix para simbolizar a idéia de que o contrato não está morrendo, afirma que “É todavia interessante notar que mesmo aqueles que dão ao contrato o atestado de óbito reconhecem que poderá ressuscitar das suas próprias cinzas” (WALD, 2003, p. 75).

O discurso a respeito da morte do contrato, “em todas as suas versões (...), desde quando se passa a falar na morte do contrato (GILMORE) é, na verdade, um discurso a favor da vida do contrato, na medida em que propõe a superação daquela teoria” (GRAU, 2001, p. 2).

Também Cavalieri Filho conclui que o contrato não morreu considerando que ele está revitalizado pelos novos princípios que o informam. O contrato “esta mais vivo do que nunca (...) deixou de ser um instrumento do egoísmo individual, para se tornar em poderoso fator de aprimoramento social, fazendo a riqueza circular e fomentando a produção” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 119). “(...) mostra-se justamente o poder de sobrevivência do contrato, que continua embasando o sistema econômico na medida em que se transforma: declínio do dogma da vontade das partes, de um lado, ascensão dos contratos fato (...)”(GRAU, 2001, p. 2).

Sintetizando as fase de *crise da vontade* e por conseguinte do contrato, Noronha ensina que

Dentre os fatores responsáveis pela transformação do contrato vimos (...) que assume especial relevo a emergência da forma padronizada de contratação. Ora, perante a irrupção desta nova forma de contrato, a análise da literatura escrita a esse respeito desde o início do século revela que os juristas, num primeiro momento, tenderam a admitir que se tratava de algo excepcional, anômalo e incompatível com o contrato: afinal, se este era “acordo de vontades”, não parecia haver tal acordo nas novas formas contratuais. Num segundo momento, tenderam a aceitar a “anomalia”, mas lamentando que ela fosse mais um dado indicativo do “declínio” ou até da “morte” do contrato. Só num terceiro momento, passaram a admitir que se tratava de figura tipicamente contratual, mas implicando uma reconsideração do contrato (NORONHA, 1994, p.75-76).

Para Noronha, impunha-se a necessidade de “reconhecimento do fato de o contrato ser realidade que vinha aparecendo deformada pelas lentes através das quais era

vista, dentro da concepção tradicional” (NORONHA, 1994, p. 78)

Tudo depende do uso que se faz dele. Se utilizado em harmonia com os princípios do Código de Defesa do Consumidor, o contrato será também instrumento indispensável para fazer produtos e serviços chegarem a milhões de consumidores (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 119). Mas, sempre e acima de tudo, avenças que proporcionam a fluência das relações de mercado (GRAU, 2001, p. 2).

Grau afirmar que os consumidores não são protegidos por solidariedade; “a proteção de que gozam não é produto de sentimento de *solidariedade*, porém expressiva de uma *estratégia* para a promoção da *fluência* do mercado” (GRAU, 2001, p. 6, grifo no original). À medida que o ordenamento atribui maior força vinculante ao contrato, impondo sanções por descumprimento contratual, o que se faz é garantir que o contrato continue desempenhando a função que lhe é reservada que é a fluência do mercado (GRAU, 2001, p. 3).

Pondera o autor que não deve ser perseguido um novo paradigma de contrato porque enquanto este atender a função de realizar a fluência do mercado o consumidor continuará sendo protegido

Por tudo isso sustento que não existe e não deve ser perseguido um “novo paradigma de contrato”. O contrato segue e sempre seguirá viabilizando a fluência das relações de mercado e somente enquanto atender a essa função (e apenas nessa justa medida) a proteção do consumidor (ou do hipossuficiente) encontrará abrigo no sistema jurídico (GRAU, 2001, p. 6-7).

Por sua vez, Noronha menciona o surgimento de uma concepção social de contrato. Para o autor “era preciso encontrar o caminho que salvaguardasse o princípio da *liberdade* e garantisse a *justiça*, isto é, que assegurasse esta sem cair na anarquia e, ao mesmo tempo, salvaguardasse o princípio da *ordem*, ou *segurança*, sem cair no totalitarismo, por natureza *injusto*” (NORONHA, 1994, p. 78, grifo no original).

De fato, no transcurso das modificações sócio-econômicas percebeu-se que o contrato também se alterou; “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido” (ROPPO, 2009, p. 24).

A nova realidade econômico-social na qual se vive e a contratação padronizada fizeram perceber que o sistema legislativo concebido durante o Estado liberal apresentava lacuna. O Código de Defesa do Consumidor constitui uma tentativa de fechamento da lacuna existente no sistema legislativo para o adequar a esta nova realidade (NORONHA, 1994, p.74). “Assim, também a evolução deste (organização social) se reflecte na

evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais” (ROPPO, 2009, p. 26).

Segundo Noronha, “Pode-se dizer que hoje existem duas concepções a respeito do Direito dos Contratos: uma, a que se poderia chamar de clássica, ou liberal, e outra, a que poderia ser chamada de moderna, ou social” (NORONHA, 1994, p. 41). “o legislador, inspirado no texto constitucional, atribui expressamente ao contrato uma função social, limitando conseqüentemente a liberdade contratual” (WALD, 2003, p. 72).

No mesmo sentido Marques

Ao direto coube, portanto, a tarefa de procurar o reequilíbrio da relação contratual, a chamada justiça ou equidade do contrato (...), criando uma concepção mais social do direito do contrato, voltado menos para a vontade do indivíduo e mais para os reflexos e expectativas que estes contratos de consumo criam na sociedade atual (MARQUES, 2011, p. 85).

Esta nova concepção social de contrato será objeto de análise no segundo capítulo a seguir.

2 A NOVA CONCEPÇÃO DE CONTRATO

Ficou evidente que o conceito clássico não mais se adaptava à realidade socioeconômica do séc. XX, em face do processo de industrialização e de massificação das relações contratuais, especialmente por meio da conclusão de contratos de adesão (MARQUES, 2004, p. 150).

A compreensão de contrato foi alterada para adaptar-se “às exigências contemporâneas, tais quais relações jurídicas cada vez mais despersonalizadas, em face da produção em massa” (ALVES, P. 271, 2011).

Sobre essa transformação da concepção de contrato passa-se a fazer alguns apontamentos.

2.1 A TRANSFORMAÇÃO DO CONTRATO

O contrato não é um instrumento ultrapassado, tão pouco perdeu sua importância na sociedade de massas. Constitui instrumento cada vez mais importante na sociedade contemporânea, exigindo a construção de novos modelos jurídicos (WALD, 2003, p. 75). Ocorre que as novas relações contratuais que surgiram por meio de contratos de massa alteraram a visão de oferta “que deixou de ser feita a um indivíduo preestabelecido, passando a ser endereçada, nos contratos de consumo, a toda a coletividade, muitas vezes, até, através da comunicação de massa desenvolvida pela publicidade” (OLIVEIRA, 2003, p. 262).

O acordo de vontades era mais aparente que real, demonstrando que havia desnível entre os contratantes

Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixavam claro o desnível entre os contraentes – um autor efetivo das cláusulas, outro simples aderente – desmentido a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

Em outros novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contrair não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes a própria manifestação da vontade irrelevante, em face do mandamento imperativo da lei (contratos coativos) (MARQUES, 2004, p. 150).

Citando Gástón Morin, Marques afirma que “A crise na teoria conceitual do direito era incontestável. Em 1937, Gastón Morin, sabiamente preconizava a revolta dos fatos contra os códigos, o declínio e o fim da concepção clássica de contrato. Pois, apesar de asseguradas, no campo teórico do direito, a liberdade e a autonomia dos contratantes, no

campo prático dos fatos, o desequilíbrio daí resultante já era flagrante”. Se o voluntarismo e, portanto, a concepção tradicional de contrato se encontravam em declínio, “para a idéia de contrato esta foi uma crise de transformação, ou nas palavras lúcidas de Galvão Teles, uma crise de verdadeiro rejuvenescimento” (MARQUES, 2004, p. 150- 151).

É tempo de alterarmos o ponto de concentração do direito civil e pensar no grupo que recebe as declarações, na confiança despertada pela atuação profissional dos fornecedores e não só em estabelecer normas que privilegiam aquele que declara, aquele que redige os contratos massificados, aquele que impõe seus métodos de *marketing* agressivo ou emotivos de venda. No novo direito contratual, a liberdade contratual do profissional não deve ser a única a merecer proteção jurídica, pois sua posição de poder (...) nas tratativas contratuais é clara e intrínseca aos métodos contratuais atuais, mas, sim, deve concentrar no outro, no direito e na liberdade do outro. (...) Tempos que impõem uma visão da obrigação como um processo muito mais complexo e duradouro do que uma simples prestação contratual, um dar e um fazer momentâneo entre parceiros contratuais teoricamente iguais, conhecidos e escolhidos livremente (MARQUES, 2004, p. 173-174).

Não obstante o declínio da doutrina voluntarista, imperioso considerado como prelúdio de uma nova concepção de contrato. E a respeito dessa nova concepção de contrato importa tecer algumas considerações a serem delineadas a seguir.

2.1.1 A nova concepção social do contrato

A nova concepção de contrato é social, “para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e econômica das pessoas neles envolvidas ganha importância” (MARQUES, 2004, p. 175).

A lei será limitadora e legitimadora da autonomia da vontade em busca do equilíbrio contratual na sociedade de consumo moderna. “A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes” (MARQUES, 2004, p. 175, grifo no original).

Noronha lecionava que esta concepção de contrato de que estamos tratando encontra assento nos princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual (NORONHA, 1994, p. 102).

Segundo o autor, a justiça contratual pode vislumbrar dois aspectos: a justiça formal que assegura às partes igualdade no processo de contratação e a justiça substancial que proporciona equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes

O fato de, tradicionalmente (ou melhor, desde o século XIX), não ser dedicada análise nenhuma específica ao princípio da justiça contratual não quer dizer que

a justiça não estivesse presente nas preocupações dos juristas, ou quando não dos juristas positivistas, que fosse descuidada dos filósofos do direito e pelos legisladores. É que esse era também o tempo (...) em que se afirmava que a justiça resultava necessariamente do livre jogo da “autonomia da vontade” e que “quem diz contratual diz justo”.

A justiça formal tem por única preocupação assegurar às partes igualdade no processo de contratação. A justiça substancial preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes.

A igualdade proposta pela *justiça formal*, a posição igualitária no momento de contratar, é entendida em termos teóricos, é uma *igualdade de oportunidade*: quem contrata deve ter liberdade de decidir, deve estar no pleno gozo de suas faculdade e normalmente esclarecido sobre a transação que faz. Não se indaga se os contratantes são essencialmente semelhantes, como diria Perelman, se entre eles não existem diferenças essenciais que importasse considerar. Quem entende ser suficiente tutelar a justiça formal acredita que, garantida a posição pré-contratual de igualdade teórica de oportunidade, cada parte, igualmente livre, responsável e esclarecida, estaria em condições de defender de forma adequada os seus interesses; em consequência, no contrato resultante, as prestações de uma e outra, os direitos e obrigações recíprocos, contrabalançar-se-ão, assegurando o equilíbrio da justiça.

É essa a idéia de justiça contratual que predominou nos últimos duzentos anos, sustentada pelos adeptos da teoria da autonomia da vontade e por todos aqueles que, ainda hoje, continuam sustentando que “quem diz contratual, diz justo”. Estes são os juristas que, nesta matéria da justiça contratual, se preocupam essencialmente em garantir que o consentimento não seja viciado, eu não haja dolo, coação ou erro, afetando o processo de formação da vontade de uma e outra parte.

A justiça substancial, ou material, ou ainda, como diz Larenz, a justiça compensatória, não se contenta com esta igualdade meramente formal das partes, antes busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviço, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justiça comutativa – e tal equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam adequada contrapartida dos sacrifícios que assume (NORONHA, 1994, p. 219-221, grifo no original).

Conclui Noronha que, “Quando se diz que a justiça contratual é princípio fundamental dos contratos, tem-se em vista, é claro, a justiça substancial, porque só esta contém a idéia de efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações” (NORONHA, 1994, p. 221).

Coube, assim, ao direto, a tarefa de procurar o reequilíbrio da relação contratual, entenda-se, a chamada justiça ou equidade do contrato, “criando uma concepção mais social do direito do contrato, voltado menos para a vontade do indivíduo e mais para os reflexos e expectativas que estes contratos de consumo criam na sociedade atual” (MARQUES, 2011. p. 85).

Evidente que a criação desta concepção mais social do direito do contrato pressupõe a relativização de conceitos anteriormente considerados absolutos; entretanto, essa criação ou “reconstrução do direito (...) não é feita sobre o vácuo, mas sim sobre os pilares deixados pela teoria clássica ou tradicional” (OLIVEIRA, 2003, p. 243).

Nesta nova concepção social do contrato, o interesse social ganha espaço no

terreno no qual predominava a vontade por meio da incidência de normas

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social (MARQUES, 2004, p. 175-176).

O princípio da boa-fé, como norma de comportamento, impondo as partes que se comportem com lealdade e objetivando proporcionar aos contraentes a confiança necessária às relações sociais de intercâmbio de bens e serviços, “já é uma espécie de antecâmara do princípio da justiça contratual” (NORONHA, 1994, p. 218). “Sob essa ótica, a aurora na formação dos contratos pode ser vista como o ressurgimento ou a origem de uma nova teoria contratual fundada em diferentes princípios e paradigmas” (OLIVEIRA, 2003, p. 243). “Este princípio ou novo mandamento obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só as relações de consumo, será aqui denominado de princípio da boa-fé objetiva para destacar a sua nova interpretação e função” (MARQUES, 2004, p. 180).

Interessante trazer à apreciação que na nova teoria contratual a doutrina atribui ao princípio da boa-fé objetiva, na formação e na execução das obrigações, muitas funções (MARQUES, 2004, p. 180):

1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos (dever de informar, de cuidado e de cooperação); de responsabilidade por ato lícito, ou de assunção de riscos profissionais indisponíveis por meio do contrato.

A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma prestação creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 586).

Como comportamento, a prestação principal pode, ela própria, envolver várias operações materiais; constitui, porém, uma unidade jurídica, constante em todas as obrigações do mesmo tipo que possam surgir. Várias prestações, susceptíveis de ser atribuídas, noutras circunstâncias, de modo autônomo, podem estar reunidas num escopo comum ou aparecer geneticamente ligadas. A obrigação implica, então, créditos múltiplos e diz-se complexa: tem várias prestações principais, ou, quando uma delas domine, em termos finais, uma principal e várias secundárias (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 590-591).

Os deveres sofreram divisão em principais e secundários (anexos ou instrumentais) (SILVA, 2006, p. 18);

2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos. Reduz a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas. “Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim a vida em sociedade” (SILVA, 2006, p. 24, grifo no original).

e 3) na concreção e interpretação dos contratos ou de uma relação de consumo; interpretação esta que deve ser a do princípio da boa-fé, o qual permite uma visão total e real do contrato. “Nesse processo hermenêutico, cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos” (...) (SILVA, 2006, p. 35).

A nova teoria contratual impôs a observação do princípio geral da boa-fé objetiva na formação e execução das obrigações objetive como primeiro resultado “- e, talvez, ainda o menos conhecido e aceito pelos juristas – a modificação no modo de visualizar estaticamente a relação contratual” (MARQUES, 2004, p. 182). Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos” (SILVA, 2006, p. 17).

Neste sentido também leciona Cavalieri Filho

De acordo com essa visão moderna do contrato como processo, identifica-se nele uma primeira fase que tem sido chamada de pré-contratual, em que as partes iniciam os contatos, fazem proposta e contrapropostas – enfim, as tradicionais tratativas destinadas a reflexões e ponderações. Embora nessa fase ainda não tenha ocorrido o encontro de vontades, essas tratativas podem gerar certa vinculação, mormente quando despertam confiança, legítima expectativa, em uma das partes, levando-a a fazer despesas com orçamentos, prospectos, estudos, projetos, etc.

É relação jurídica próxima da contratual, ainda não contratual, mas contratual, que pode criar direitos e obrigações, dentro daquela expressão que Clóvis do Couto e Silva trouxe da Sociologia para o Direito, o chamado contato social como fonte geradora de obrigação (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 120).

A conclusão sobre se um contrato se formou ou não constitui “o resultado de uma qualificação de determinados comportamento humanos, operada por normas jurídicas. (...) a formação do contrato consiste num processo, (...) numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si” (ROPPO, 2009, p. 85). “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim” (SILVA, 2006, p. 17). “A menção a um <<processo>> permite (...) focar o sentido final das obrigações as quais, viradas para um escopo, vão sofrendo alterações durante o seu percurso temporal, sem prejuízo da

identidade de base” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 590).

O contrato passa a ser visto como uma relação jurídica dinâmica que pode vincular um prestador de serviços a um consumidor e seus dependentes durante um determinado tempo, como, por exemplo, uma seguradora de vida, a cooperativa de saúde (MARQUES, 2004, p. 182). “(...) tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” (SILVA, 2006, p. 20). Os deveres anexos colocam-se numa situação de independência relativa face à obrigação que é suposto acompanharem (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 616).

Logo, a relação obrigacional constitui um conjunto de atos e atividades visando a um escopo econômico e social, e deve ser observada sob o aspecto dinâmico e funcional

Ao lado de sua estrutura, a relação obrigacional deve ser observada sob o aspecto dinâmico e funcional, ou seja, como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção e um determinado fim econômico e social. O direito contemporâneo, atento a este aspecto dinâmico da obrigação, reconhece que, mais que garantir a vinculação aos termos expresso de um dado negócio jurídico, mostra-se importante assegurar às partes a obtenção do fim econômico e social, razão e justificativa da relação obrigacional. Por este motivo, exige-se que as partes atuem em conformidade com a boa-fé objetiva, com lealdade e confiança recíprocas, colaborando em prol do objetivo comum. Trata-se da cláusula geral da boa-fé objetiva, que funciona como standard de comportamento para as partes de toda relação obrigacional (TEPEDINO, SCHREIBER, 2008, v. IV, p. 17).

Trata-se de um verdadeiro processo que se desenvolve no tempo (...), um processo social, um processo jurídico, o contrato, visualizado dinamicamente, irradiando uma série de efeitos jurídicos (...) durante a sua realização, antes mesmo dessa e após (MARQUES, 2004, p. 118). “(...) passou-se a considerar o vínculo obrigacional como um todo, o qual, muitas vezes, não se altera ou modifica com certas alterações e modificações sofridas pelas partes. Por esse motivo, o adimplemento de um crédito determinado pode não extinguir, ou modificar, a relação jurídica” (SILVA, 2006, p. 18)

No âmbito do contrato como processo, a boa-fé objetiva deve ser observada nas várias fases das relações entre os contratantes

A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual – sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento – norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes; o pensamento, infelizmente, ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual, deve ser definitivamente afastado. É preciso que, na fase pré-contratual os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas (...). Aos vários deveres dessa fase seguem-se deveres acessórios à obrigação principal na

fase contratual (...) e até mesmo, na fase pós-contratual, a boa-fé também cria deveres, os posteriores ao término do contrato (AZEVEDO, 2011, p. 28).

Esta visão dinâmica e realista do contrato é uma resposta à crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações, pois permite observar que as relações contratuais durante toda a sua existência, mais ainda, no seu momento de elaboração e no seu momento posterior, fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal. Em outras palavras, o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas envolve também uma obrigação de conduta (MARQUES, 2004, p. 183).

2.1.2 A resignificação do sujeito de direitos

José Afonso da Silva, ao comentar as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobre a proteção dos consumidores, consigna que se sente que “a Constituição foi tímida no dispor sobre a proteção dos consumidores. Estabeleceu que o Estado proverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII)” (SILVA, 2012, p. 262). Entretanto, “A força normativa do Direito Constitucional no Direito Privado não mais pode ser negada, assim, como é evidente o efeito horizontal, entre privados, dos direitos fundamentais” (MARQUES, 2004, p. 211).

A nova concepção mais social do contrato atribui flexibilidade ao instrumento contratual. O contrato torna-se ponto de convergência de direitos constitucionais, dos chamados sujeitos de direitos fundamentais. Neste aspecto, os contratos de consumo também se transformaram em um ponto de encontro de direitos individuais constitucionais (MARQUES, 2004, p. 211). “Realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais” (SILVA, 2012, p. 262-263).

Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art. 5º, XXXII, da CF/88), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger este sujeito de direitos especial, acabou moldando uma nova visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas deste sujeito de direitos fundamentais, os consumidores (MARQUES, 2004, p. 211).

Além dessa importante inserção entre os direitos fundamentais, que alçou os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais precisamos conjugar isso com a consideração do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de

legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista (SILVA, 2012, p. 262-263).

Neste sentido são as lições de Marques:

O contrato é o instrumento de circulação das riquezas das sociedades, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produto no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da Constituição Federal), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5º, da Constituição Federal), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5º, c/c art. 170, V, da Constituição Federal) e, em especial, da dignidade deste sujeito quanto pessoa humana (art. 1º, III c/c art. 5º, XXXII, da Constituição Federal) (MARQUES, 2004, p. 213).

As primeiras análises dos efeitos da crise da pós modernidade na sociedade de consumo indicavam que as relações massificadas de adesão e outros métodos de contratação provocariam a despersonalização das relações; os contratos nasceriam sem sujeitos em face da desconstrução, ou seja, teria ocorrido a *morte do sujeito* (MARQUES, 2004, p. 215-216).

Como lembra Silva, a inserção da proteção do consumidor entre os direitos fundamentais fez com os consumidores fossem alçados à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais (SILVA, 2012, p. 262-263). “Certo é que as noções de indivíduo e sujeito mudaram, mas também mudou nosso direito e nossa maneira de ver o sujeito: o sujeito de direitos está lá, não morreu, nem desapareceu, foi resignificado” (MARQUES, 2004, p. 215-216).

Parece-nos que, ao contrário, este sujeito qualificou-se com direitos, multiplicou-se, hoje são muitos sujeitos individuais, sujeitos homogêneos, coletivos e difusos, em um novo pluralismo de sujeitos que não impede que recebam e exerçam (...) seus direitos (MARQUES, 2004, p. 215-216).

A qualificação do sujeito de direitos em titular de direitos constitucionais individuais erigiu o contrato em ponto de convergência de direitos constitucionais, fazendo surgir diploma próprio para as relações de consumo com se observará a seguir.

2.2 O ADVENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Por meio da positivação do princípio da boa-fé objetiva, o Código de Defesa do Consumidor trouxe uma grande contribuição a exegese das relações contratuais no Brasil a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III, e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações

contratuais (MARQUES, 2004, p. 185-186).

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...);

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...);

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores;

O Código de Defesa do Consumidor, por ocasião de sua vigência, passou a dividir espaço com dois outros diplomas também relevantes: o Código Civil de 1916, inundado pela visão liberal, e com o Código Comercial de 1850. Neste contexto, observava-se, de um lado o Código Civil de 1916 e o Código Comercial, com a previsão, clássica e superada, da subordinação do conteúdo contratual aos limites da ordem pública, bons costumes e licitude; de outra banda, o Código de Defesa do Consumidor, com a previsão de observação aos limites da boa-fé e da equidade (ALVES, 2011, p. 293-294).

Oportuno lembrar que o Código de Defesa do Consumidor, editado com a finalidade de regular as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, representava (e representa) o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes segundo os postulados da nova teoria contratual (MARQUES, 2004, p. 222).

Neste sentido, a boa-fé objetiva se sobressai como mecanismo norteador da conduta dos contratantes, inclusive no momento de celebração do contrato. O dever de informação e o princípio da transparência passam a ter aplicação de destaque no que diz respeito à prestação de todas as informações necessárias para a conclusão do ajuste (SILVA e MATOS, 2010, p. 86).

2.2.1 A boa-fé objetiva

Como pedra de toque de todo o sistema contratual consumerista, a boa-fé objetiva, norma de conduta, exige dos contratantes posturas de acordo com seus postulados. Neste sentido encontramos a lição de Cavalieri Filho

A proteção contratual do consumidor começa nessa fase pré-contratual, razão pela qual exigem-se das partes postura séria, leal, sincera – enfim, afinada com o princípio da boa-fé objetiva, pedra angular de todo o sistema contratual consumerista. O rompimento leviano e desleal das tratativas pode ensejar obrigação de indenizar, não por inadimplemento, posto que ainda não há contrato, mas pela quebra da confiança, pelo descumprimento dos deveres de lealdade, de transparência, de informação, de cooperação, que regem todos os negócios, mesmo os decorrentes de contato social. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 120).

Ademais, a boa-fé objetiva traz em seu bojo deveres anexos (acessórios) à obrigação principal, apresentando-se estes deveres sob diferentes formas. “Os deveres acessórios têm sido objecto de tipificações várias. (...), pode conseguir-se uma panorâmica satisfatória com recurso à tripartição entre deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade, devidamente adaptados (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 604).

Em razão da incorporação no Código Civil de 2002 da boa-fé objetiva como cláusula geral, as obrigações civis também se encontram sob a luz do referido princípio e submetidos à observação de deveres anexos.

Na Primeira Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 24 que caracteriza como inadimplemento a violação dos deveres anexos.

24 – Art. 422: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

Dessa forma, conclui-se que “Os deveres anexos colocam-se numa situação de independência relativa face à obrigação que é suposto acompanharem” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 616). “Há, portanto, - é o que se reconhece hoje -, uma série de deveres e conseqüentes comportamentos que circundam, se for possível falar assim, o simples texto do contrato” (AZEVEDO, 2011, p. 29).

2.2.1.1 O dever de informar

Entre todos os deveres anexos decorrentes da aplicação do princípio da boa-fé objetiva às obrigações civis e consumeristas, “O primeiro e mais conhecido dos deveres anexos (...) é o dever de informar” (MARQUES, 2004, p. 187). O Código de Defesa do Consumidor presente, nos artigos 30 e 31, disposições explícitas sobre o dever de informar e sua vinculação

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Segundo Marques, este dever pode ser observado na fase pré-contratual, na fase em que consumidor e fornecedor entabulam tratativas, como por exemplo, a escolha do modelo do carro, de uma geladeira, de um plano de saúde, de um alimento qualquer para si ou sua família etc. Neste momento das tratativas iniciais, as informações são fundamentais para a decisão do consumidor. Estas informações integrarão a relação contratual futura e, portanto, deverão depois ser cumpridas na fase de execução do contrato (MARQUES, 2004, p. 189-88).

Leciona Menezes Cordeiro que, “Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 605).

Pela razão de a proteção contratual do consumidor começar na fase pré-contratual, exige-se das partes “postura séria, leal, sincera – enfim, afinada com o princípio da boa-fé objetiva, pedra angular de todo o sistema contratual consumerista” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 120). “Note-se que o dever de informar é anexo a toda a relação contratual, acompanhando-a do nascimento à morte total, não se esgotando na fase pré-contratual” (MARQUES, 2004, p. 189).

O dever de informar pode se expressar em níveis, conforme a situação. Pode se dar o simples dever de esclarecer, ou então, um dever mais robusto como o de aconselhar, ou até mesmo o dever de advertir se houver riscos (AZEVEDO, 2011, p. 31). Os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam (SILVA, 2006, p. 34).

2.2.1.2 O dever de cooperação

Seguindo a descrição de deveres anexos decorrentes da observação da boa-fé objetiva, pode-se afirmar que “O segundo dever anexo destacado pela doutrina é o Dever de Cooperação, dever (leia-se, obrigação contratual) de colaborar durante a execução do contrato, conforme o paradigma da boa-fé objetiva. Cooperar é agir com lealdade e não

obstruir ou impedir” (MARQUES, 2004, p. 195). “O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam” (SILVA, 2006, p. 33).

Menezes Cordeiro ensina que a cooperação, a lealdade, obrigam os contratantes a se abster de frustrar o objeto do negócio jurídico ou mesmo desequilibrar as prestações assumidas

Pense-se na dinâmica da boa fé como regra de conduta que, através da teria adequada de deveres de informação e de lealdade, prossegue, na prática, a tutela do contraente débil (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 1278).

Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Com esse mesmo sentido, podem ainda surgir deveres de actuação positiva. A casuística permite apontar, como concretização desta regra, a existência, enquanto um contrato se encontra em vigor, de deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigílio face a elementos obtidos por via de pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de actuação com vista a preservar o objectivo e a economia contratuais. Estes deveres hão-de imputar-se à boa-fé e não ao próprio contrato em si, quando não resultem apenas da mera interpretação contratual, mas antes das exigências do sistema, face ao contrato celebrado (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 606-607).

A noção de boa-fé objetiva, prevista pelo Código Civil, é a mesma que se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor “– qual seja a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –” (SILVA e MATOS, 2010, p. 85). Podem os deveres anexos (...) “ainda expressarem-se como deveres duradouros de fidelidade” (SILVA, 2006, p. 34).

2.2.1.3 O dever de cuidado

Por fim, sem ter qualquer pretensão de esgotar o tema, podemos também destacar o dever anexo de cuidado. Esta obrigação acessória de cuidado tem por finalidade preservar o co-contratante de danos à sua integridade, no cumprimento do contrato (MARQUES, 2004, p. 198).

Conforme entendimento de Menezes Cordeiro, o dever a confiança não requer somente a

(...) verifica-se a persistência, depois de finda uma situação obrigacional, do dever de não adoptar atitudes que possam frustrar o objectivo por ela prosseguido ou que possam implicar, mediante o aproveitar da antiga posição contratual, a diminuição das vantagens ou, até, o infligir danos ao ex-parceiro. Integram-se, aqui, sub-hipóteses de grande relevo económico, tais como o dever de fornecer peças sobresselentes e de velar pela assistência técnica da coisa cedida, o dever de não concorrência ou o dever de sigílio perante as informações obtidas na constância da vinculação extinta (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 929).

Na busca dos vetores materiais que concretizam a boa-fé nas ocorrências de pós-eficácia, deparam-se, no essencial, a confiança e a materialidades das situações em jogo. A confiança requer a protecção, no período subsequente ao da extinção do contrato, das expectativas provocadas na celebração e no seu cumprimento, pelo comportamento dos intervenientes. A materialidade as situações exige que a celebração e o acatamento dos negócios não se tornem meras operações formais, a desenvolver numa perspectiva de correspondência literal com o acordado, mas que, na primeira oportunidade, se esvaziam de conteúdo. O escopo contratual não pode ser frustrado a pretexto de que a obrigação se extinguiu (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 630).

A confiança constitui para o ser, a base de um comportamento (...). por outro lado, ela actua numa alternativa em que os danos advenientes da quebra da confiança podem superar os benefícios aguardados da sua manutenção (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 1242).

A aproximação entre confiança e boa fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa fé (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 1241).

A opção de preterir a confiança de uma pessoa a favor da de outra, numa escolha que ao legislador, em princípio, compete, equivale, no fundo, a premiar a circulação dos bens, em detrimento da sua conservação estática (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 1247).

O princípio da boa-fé objetiva é, portanto, um princípio limitador do princípio da autonomia da vontade e um elemento criador de novos deveres contratuais, que deve contar, para sua maior efetividade, com sua previsão legal específica (MARQUES, 2004, p. 203). “Estes deveres hão-de imputar-se à boa-fé e não ao próprio contrato em si, quando não resultem apenas da mera interpretação contratual, mas antes das exigências do sistema, face ao contrato celebrado” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 606-607).

Em relação ao direito das obrigações, a boa-fé “manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos” (SILVA, 2006, p. 33).

2.2.2 O novo regime do Código de Defesa do Consumidor

Com se observa, o Código de Defesa do Consumidor surgiu acompanhado de ruidosa propaganda sobre as inovações que trazia em diversas matérias. O referido diploma recolocou na discussão, especificadamente em tema de contratos, a questão que há décadas tem sido objeto da preocupação de juristas nacionais e estrangeiros: “estará o contrato em crise, ou estará mesmo morrendo, como chegou a afirmar, aliás provocativamente, ilustre autor norte-americano?” (NORONHA, 1994, p. 1).

O fato é que o contrato, como já ressaltado, não morreu, tão pouco deixou de

exerceu a função a que se destina. A estes se pode aduzir o fato de o sujeito de direitos ter sido elevado a categoria de sujeito de direitos individuais constitucionais.

Agora, a doutrina se debruçaria sobre indagações a respeito do novo regime estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor em face da inovação no âmbito das contratações em massa. “Qual o novo regime estabelecido pelo CDC para todos os contratos de consumo? Como consegue abrangê-los em qualquer área do Direito em que ocorrem? O legislador utilizou uma avançada técnica legislativa, fazendo do Código do Consumidor uma lei *principiológica*, vale dizer, estrutura em princípios e cláusulas gerais e não em normas tipificadoras de conduta” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 189, grifo no original).

Em suas reflexões, Noronha questiona se o Código de Defesa do Consumidor teria introduzido princípios “aberrantes em relação àqueles que informam a Teoria Geral dos Contratos? Ou será que agora a lei apenas veio explicitar princípios que já se deveriam considerar válidos no âmbito dessa Teoria Geral?” (NORONHA, 1994, p. 2).

O questionamento de Noronha é pertinaz em face do uso, na década de 90, do princípio da boa-fé objetiva pelos tribunais para deslinde de demandas judiciais de caráter civilista². “há que se lembrar o exemplo da cláusula geral da boa-fé objetiva, que não obstante tenha sido incluída na legislação civil apenas com o advento do Código Civil de 2002, vasta já era a sua aplicação com base no princípio que enunciava o seu conteúdo” (MENKE, 2011, p. 123).

De fato, no Código Civil de 1916, “O princípio da boa-fé (...) não foi consagrado, em artigo expresso, como regra geral” (SILVA, 2006, p. 33).

A inexistência de previsão expressa não impediu que o princípio tivesse vigência no direito das obrigações antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, pois se trata de proposta jurídica, com significado de regra de conduta (SILVA, 2006, p. 33).

² CONTRATO. TEORIA DA APARÊNCIA. INADIMPLENTO. O trato, contido na intenção, configura contrato, porquanto os produtores, nos anos anteriores, plantaram para a CICA e, não tinham por que plantar, sem garantia da compra (TJRS, Embargos Infringentes nº 591083357. Rel. Juiz Adalberto Libório Barros, 1991). O “caso dos tomates” envolveu a CICA. Foi objeto de decisão no TJRS. Essa empresa distribuía sementes a pequenos agricultores gaúchos sob a promessa de lhes comprar a produção futura. Isso ocorreu de forma continuada e por diversas vezes, o que garantiu a expectativa de celebração do contrato de compra e venda da produção. Até que certa feita, a referida empresa distribuiu as sementes e não adquiriu o que foi produzido. Restou então, aos agricultores perpetrar demandas indenizatórias, alegando a quebra da boa fé, mesmo não havendo qualquer contrato escrito, obtendo pleno êxito. Mas, não esqueçamos que o contrato verbal de fato existia e se encontrava em plena eficácia prerrogativa. Registre-se que foi um caso na década de 90; período no qual não havia o CC de 2002, aplicando-se o princípio da boa-fé objetiva. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2701

Cavaliere Filho, descreve a atuação do Código de Defesa do Consumidor como norma principiológica refletindo que, “sem retirar as relações de consumo do campo do Direito onde por natureza se situam (contratuais ou não), sem afastá-las do seu natural *habitat*, o Código do Consumidor irradia sobre todas a sua disciplina, colorindo-as com as suas tintas” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 189, grifo no original).

O Código de Defesa do Consumidor constitui uma poderosa intervenção do estado para garantir um novo equilíbrio nas relações contratuais consumeristas. Segundo Marques

O Código de Defesa do Consumidor representa, portanto, uma considerável modificação no ordenamento jurídico brasileiro, um novo regime legal para a maioria dos contratos na sociedade. É o nascimento de um novo equilíbrio, desta vez imperativo, nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores de bens e serviços.

Passamos de uma visão liberal e individualista para uma visão social do contrato, onde a função do direito é garantir a equidade e a boa-fé nas relações de consumo, superando o dogma da autonomia da vontade. O Codecon não representa o fim da autonomia privada nos contratos, mas sim, uma potente intervenção do Estado, reduzindo em muito o espaço antes reservado para a vontade do indivíduo (MARQUES, 2011, p. 104).

O desequilíbrio marcante nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores exigiu a ação protetora do Estado para os parceiros contratuais hipossuficientes, em face do incremento da vida contratual, da massificação dos contratos, da concentração de capitais e dos monopólios na nova sociedade de consumo (MARQUES, 2011, p. 93). Enfim, nas palavras de Cavaliere Filho, “o regime dos contratos de consumo, portanto, visa proteger o contratante vulnerável, o consumidor, proteção essa que, como veremos, começa na fase pré-contratual e se estende até a fase pós-contratual” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 119).

2.2.2.1 Os contratos de consumo

No Código do Consumidor não é encontrada qualquer disciplina a respeito de contrato de consumo; “o Código sequer utiliza essa expressão; fala em relação de consumo, no que andou bem” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 188). De fato, o Código de Defesa do Consumidor não traz em seu bojo expressões como *contrato de consumo*, *ato de consumo*, *negócio jurídico de consumo*; trata, sim, de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões (NERY, 2007, p. 506).

Entretanto, no mundo negocial a expressão contrato de consumo se tornou usual. Mas, o que entender por contrato de consumo? Segundo Cavaliere Filho, o contrato

de consumo “não é uma nova espécie de contrato. Qualquer contrato, civil ou empresarial, pode ser contrato de consumo dependendo de **conter ou não uma relação de consumo**” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 188, grifo no original).

Como então identificar uma relação de consumo? A chave para se identificar uma relação jurídica de consumo é verificar sua destinação final, do produto ou serviço ao consumidor. (NERY, 2007, p. 506).

Em suas lições, Marques destaca que para que sejam identificados os contratos que se submetem às novas normas do Código de Defesa do Consumidor é imprescindível saber o campo de incidência deste diploma, “tanto *ratione personae*, definindo quem será considerado consumidor e quem são os fornecedores de bens e serviços, quanto *ratione materiae*, incluindo ou excluindo contratos especiais, como os de trabalho, contratos administrativos, ou as técnicas especiais de contração, aqui referidos, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos” (MARQUES, 2011, p. 86, grifo no original).

Todas as relações contratuais que liguem um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou prestador de serviços, denomina-se contrato de consumo. “Esta nova terminologia tem como mérito englobar a todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em um dos pólos da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes” (MARQUES, 2011, p. 86). Para Cavalieri Filho, “o Código do Consumidor aproveitou a estrutura jurídica já existente em todas as áreas do Direito e a ela sobrepôs os seus princípios e cláusulas gerais. Dessa forma a disciplina do CDC alcança todas as relações de consumo onde quer que venham a ocorrer” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 189).

O contrato de consumo é formado pela relação consumerista entre fornecedor e consumidor, relação de consumo de bens e serviços (CASSETARI, 2013, p. 189).

Uma vez estabelecido que o contrato de consumo é aquele no qual figura nos pólos da relação um fornecedor e um consumidor, e tem por objeto o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços; cabe considerar que, caracterizada a relação de consumo em qualquer área do Direito (civil, empresarial e público), ficará o contrato sujeito também à disciplina do Código do Consumidor, qualquer que seja a espécie (adesão, individual etc) (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 188).

Conforme lição de Marques

Do exame dos arts. 2º e 3º do CDC, que definem os agentes contratuais, consumidor e fornecedor de produtos ou serviços, podemos concluir que as normas do Código estabelecem um novo regime legal para todas as espécies de

contratos (exceto os trabalhistas) envolvendo consumidores e fornecedores de bens e serviço, não importando se existe lei específica para regulá-los (como o contrato de locação), pois as normas de ordem pública (art. 1º) estabelecem parâmetros mínimos de boa-fé e transparência a serem seguidos obrigatoriamente no mercado brasileiro.

São os contratos agora denominados de consumo, sejam eles de compra e venda, de locação, de depósito, de abertura de conta corrente, de prestação de serviços profissionais, de empréstimo, de financiamento ou de alienação fiduciária, de transporte, de seguro, de seguro-saúde, só para citar os mais comuns” (MARQUES, 2004, p. 426-427).

Quanto à técnica formal de contratação, os contratos abrangidos pela categoria negocial das relações de consumo são de variada ordem, como os “contratos de comum acordo” (...), ditos também contratos individuais, e os contratos de adesão (NERY, 2007, p. 506).

Historicamente, o fenômeno da pré-elaboração unilateral de CONDGs é inerente à sociedade industrializada. Hoje, na prática, existem quase que exclusivamente contratos onde o conteúdo, a exceção do objeto e do preço, já estão determinados em CONDGs ou contratos formulários. Assim, também, por vezes, condutas sociais típicas na sociedade vão indicar o fechamento de um contrato e a aceitação de determinadas cláusulas gerais, como, por exemplo, ao embarcar em um ônibus, ao utilizar as prestações oferecidas por máquinas automáticas, ou mesmo ao se apertar uma tecla ou o mouse em determinado site (*click agreements*) fecha-se um contrato submetido a determinadas condições gerais ou condições de utilização afixadas em um lugar visível para o consumidor (MARQUES, 2004, p. 69).

2.2.3 Os contratos no comércio eletrônico

Registre-se que, neste tópico se tentará caracterizar este novo método de contratação: os contratos no comércio eletrônico. A formação destes contratos será objeto de análise no capítulo 3 deste trabalho.

Trazendo uma definição de computador, Santolin, registra que o equipamento é capaz de gerar informações e resultados “Por computador tem-se entendido todo aparelho eletrônico capaz de receber e armazenar informações, submetê-las a um determinado conjunto de operações lógicas pré-programadas e, como consequência, gerar novas informações e resultados” (SANTOLIM, 1995, p. 21).

O baixo custo na aquisição de computadores; bem como o advento e expansão da Internet foram eventos que não passaram despercebidos pelo empresário, que vislumbrou na Internet um veículo para exercer sua atividade empresarial. O empresário

poderia utilizar a grande rede de computadores para fazer negócios sem a necessidade de aumentar sua estrutura física e custo operacional (ANDRADE, 2004, p.14).

Por sua vez, a criação da Internet facilitou a comunicação, unindo a comunidade global em um mundo virtual, extinguindo espaço e representando uma ruptura com o passado. Neste novo ambiente virtual de relacionamento encontramos os consumidores e os fornecedores de produtos e prestadores de serviços celebrando contratos à distância, vinculando-se por meio da Internet (KLEE, 2012, p. 11-12).

De fato, o computador (e a internet) é um veículo de inter-relação social e econômica, “impondo-se a sua presença, em maior ou menor nível, nos mais deferentes setores da vida contemporânea” (SANTOLIM, 1995, p. 21).

O interesse especial se cria, contudo, (...) quando o computador intervém na formação da vontade e/ou na instrumentalização do contrato, repercutindo nos seus princípios orientadores, quer quanto à conclusão, quer quanto à capacidade de servir como elemento de prova (SANTOLIM, 1995, p. 24).

Desde a década de 90 a Internet, as redes eletrônicas e de telecomunicação de massa têm se mostrado um espaço novo de comércio com os consumidores. Eis que surge o *comércio eletrônico*. Realizado sem a presença simultânea dos contratantes, dá-se à distância, por meios eletrônicos (*e-mail* etc.), por Internet (*on line*) ou por meios de telecomunicações de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo, etc) (MARQUES, 2004, p. 97-98). “A presença física foi substituída pela máquina; primeiro pelo telégrafo, depois pelo rádio, pelo telefone, pelo fax e, por fim, pelo computador, que instituiu a comunicação telemática, permitindo a transmissão simultânea da voz, imagem, sons e dados eletrônicos, em tempo real” (ANDRADE, 2004, p.1).

O contrato eletrônico é negócio jurídico (...), “entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, EDI (*Electronic Data Interchange*) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo” (ANDRADE, 2004, p.31).

Entretanto, essa celebração de contratos eletrônicos não pode ser realizado ao arrepio de circunstâncias operacionais que a ensejem

Induvidosamente, a possibilidade da celebração de contratos utilizando-se o computador, não só como meio de comunicação, mas como mecanismo capaz de completar o processo de manifestação da vontade, externando-a, em um ou outro sentido, supõe a existência de condições prévias, de circunstâncias operativas que ensejem essa situação. (Santolim, 1995, p. 27).

O contrato eletrônico não tem natureza jurídica distinta da dos contratos em geral. Trata-se de um novo e atual método para se efetivar um contrato (ANDRADE,

2004, p.31).

Todos os contratos não solenes podem ser realizados por *e-mail*, *on-line*, por telefone, cabo ou por Internet. Devem receber especial atenção as contratações bancárias, as de financiamento, crédito e renegociação de dívidas em razão de tratar-se do mais novo efeito da sociedade de informação em matéria bancária (MARQUES, 2004, p. 107).

O comércio eletrônico de consumo (*bussines-to-consumers*) reveste-se de variadas formas, ora contrato de adesão, ora condições gerais dos contratos; quanto não são contratos cativos

Dificuldade em identificar o suficientemente “específico” nesta contratação à distância envolvendo produtos e serviços, pois ninguém duvida que o comércio eletrônico de consumo, muitas vezes denominado pela expressão em inglês B2C (*bussines-to-consumers*), utiliza-se também de contratos de adesão e CONDGs e, em matéria de serviços de informação ou de provimento de acesso à Internet, também são contratos cativos de longa duração. A dificuldade estava, pois, em diferenciar estes contratos “do comércio eletrônico”, dos fenômenos de massificação contratual anteriormente analisados, uma vez que os contratos “eletrônicos” também são contratos típicos dos atuais tempos pós-modernos (MARQUES, 2004, p. 98).

Cabe salientar que o comércio eletrônico pode ser utilizado entre empresas (*business to business – B2B*), bem como entre empresas e consumidores (*business to consumer – B2C*) (KLEE, 2012, p. 12). “Os contratos eletrônicos, com a expansão da Internet e coma *World Wide Web*, têm causado um certo impacto no mundo jurídico, constituindo, hodiernamente, uma alavanca na moderna economia e na atividade empresarial” (DINIZ, 2004, p. xii). “As pessoas caminham por estradas virtuais e da mesma forma se relacionam. É um mundo que inexistente fisicamente, mas que produz efeitos reais no mundo real, no plano físico” (ANDRADE, 2004, p.1).

Em que pese os contratos eletrônicos serem contratos sem rosto e sem diálogo (não há tratativas entre presentes), necessário reconhecer que há bilateralidade e vontade

Inspira-me a abundante doutrina sobre o tema. A doutrina italiana está convencida que estes contratos são “contratos desumanizados” e “sem acordo”. Seriam contratos em que o fornecedor não teria mais “rosto”, não mais apareceria (ou poderia mesmo não existir) fisicamente ou territorialmente, pois alguns fornecedores globais são redes de distribuição sem sede fixa. Os contratos à distância no comércio eletrônico seriam apenas um subtipo dos contratos “automatizados”, contratos realizados diretamente em “computadores” (como os contratos de *home-banking*) ou com máquinas de respostas (como os contratos por telefone com respondedores automáticos), contratos “em silêncio” ou “sem diálogo” (...) conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do que pela linguagem. Certo é que nestes contratos há acordo de vontade, há vontade, mesmo que de adesão e “de conduta social típica”; logo, há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado e muitas vezes não acessível ao consumidor. Há uma bilateralidade essencial, apesar de unilateralidade tão visível. Há bilateralidade de vontades, pois apesar do fornecedor ser “virtual” e do consumidor ser “massificado”, apesar do oferecer e do eleger serem mais “automatizados”, apesar do direito subtrair mais do plano da validade, e

considerar mais a confiança despertada, a declaração de oferta realizada, do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor, do que a capacidade deste ou de quem atuou por ele ou no seu computador, há um contrato no plano da existência, juridicamente relevante e que produzirá efeitos – e muitos – no plano da eficácia. O contrato final é “velho”, o método de contratação é atual, e o meio de contratação – e por vezes de cumprir a prestação imaterial – é que é “novo” (MARQUES, 2004, p. 98-99).

Prossegue Marques lecionando que a “fluidez ou desmaterialização da contratação é um elemento a ser considerado: o fornecedor não aparece materializado através de um vendedor, o fornecedor não tem mais cara, tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um *marketing* virtual ou televisivo, uma estratégia de *telemarketing*. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas informável” (MARQUES, 2004, p. 107-108).

Milhares de consumidores acorreram à grande rede eletrônica para adquirir produtos e contratar serviços, por meio do comércio eletrônico (ANDRADE, 2004, p.15). O fornecedor sabe com quem está estabelecendo relações comerciais: o consumidor. “Do fornecedor não se sabe sequer se é realmente um profissional, pois dada a diminuição dos custos e da oferta a transação que a Internet traz, o fornecedor pode ser um iniciante ou mesmo uma adolescente genial, o fornecedor pode ser, em resumo, um outro consumidor, como no caso dos leilões por Rede ou dos negócios eventualmente realizados em *chats* ou salas virtuais” (MARQUES, 2004, p. 107-108).

Nesta situação, o computador constitui instrumento de transmissão de uma vontade já antes aperfeiçoada. Equipara-se a outros meios de comunicação, tais como o telefone, o telex ou a telecópia (ou fax) (SANTOLIM, 1995, p. 24). “Mais e mais, a cada dia, verifica-se a utilização do computador como mecanismo responsável pela transmissão, instrumentalização e, até mesmo, construção da vontade, nos negócios jurídicos” (SANTOLIM, 1995, p. 22).

O novo na contratação por meio eletrônico, para Marques, “é a soma de métodos massificados e pós-modernos de contratação (...). O específico e substancialmente diferente aqui é o meio eletrônico utilizado, que permite de um lado interactividade, de outro, algo análogo às correspondências ou reembolso postal, no uso de *e-mail* na contratação à distância com intervalo temporal” (MARQUES, 2004, p. 99-101).

O surgimento do contrato eletrônico no seio da sociedade atingiu um volume com grandes repercussões, uma vez que se trata de uma forma de contratar não regulada legalmente, ou seja, as pessoas de fato celebram contratos servindo-se dos meios de informática, mas essa forma contratual não tem regulamentação legal (ANDRADE, 2004,

p.3).

2.3 A APROXIMAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Inspirado no Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 trouxe uma nova teoria geral dos contratos para o Direito Civil, conforme se observa no disposto no Enunciado 167 do Conselho da Justiça Federal (CASSETARI, 2013, p. 182)

167 – Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

A aproximação principiológica entre os diplomas ocorreu em razão de o Código Civil de 2002 incorporar em seu texto o princípio da função social do contrato e o da boa-fé objetiva (CASSETARI, 2013, p. 182).

Ocorreu a modificação do centro fundamental principiológico do Direito Civil. “O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou profunda modificação nos métodos de interpretação do Direito Privado” (TEPEDINO, 2003, p. 115). O centro fundamental principiológico do Direito Civil “passou a nortear-se por valores sociais e princípios consagrados na Constituição da República de 1988” (SILVA e MATOS, 2010, p. 62-63).

Surge, então, a constitucionalização e a repersonalização do direito privado, tendo como fonte o princípio da dignidade humana, base interpretação da função do contrato moderno. “Nessa esteira, o direito civil deixa de se constituir em um sistema fechado, aos moldes dos ideais liberais oitocentistas, para ressurgir como um novo sistema aberto que permite uma melhor integração de seus princípios clássicos com os princípios constitucionais vigentes e com a realidade do caso concreto” (RANGEL, 2009, p. 170).

O Código Civil de 2002, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, redefiniu o conteúdo dos institutos das relações jurídicas privadas patrimoniais

Destarte, a releitura do Código Civil à luz da Constituição da República de 1988 redefiniu o conteúdo de seus institutos, no sentido de funcionalizar as relações jurídicas privadas patrimoniais e adequá-las à nova ordem jurídica constitucional, fundada em valores extrapatrimoniais, visando à promoção do bem comum e ao interesse coletivo.

Assim, o caráter individualista, egoístico e patrimonialista, que permeou o Código de 1916, fora substituído pela inserção de valores e normas (princípios e regras) constitucionais, tendo por arcabouço a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República (SILVA e MATOS, 2010, p. 63-64).

Com o advento do Código Civil de 2002, uma década após o Código de Defesa do Consumidor, nasceram indagações a respeito da inovação jurídica que introduziu no ordenamento jurídico, dentre elas o novo papel do contrato e os novos paradigmas que o norteiam. Por meio das lentes constitucionais, passou-se a observar que o novo contrato deveria cumprir a função social e levar em consideração a desigualdade material das partes (RANGEL, 2009, p. 169). “O legislador, inspirado no texto constitucional, atribui expressamente ao contrato uma função social, limitando conseqüentemente a liberdade contratual” (WALD, 2003, p. 72).

2.3.1 A função social do contrato do art. 421 do Código Civil de 2002

Os limites impostos pela função social do contrato estão previstos no art. 421 do Código Civil brasileiro, nestes termos

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O artigo em comento é criticado veemência pela doutrina em razão de apresentar dois equívocos. O primeiro equívoco apontado é que não deveria ter empregada “a expressão *liberdade de contratar*, que se refere à liberdade para celebrar o contrato que, em regra, todos possuem, salvo no caso do seguro obrigatório ou licitação. O correto seria utilizar a expressão *liberdade contratual*, por estar relacionada ao conteúdo do contrato” (CASSETARI, 2013, p. 191).

O segundo equívoco está relacionado à expressão *em razão*, “já que a função social não é a razão do contrato, mas o limite. A razão do contrato é a *autonomia privada*” (CASSETARI, 2013, p. 191, grifo no original).

A doutrina assevera que a o supracitado artigo deveria ter a seguinte redação: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (CASSETARI, 2013, p. 191).

A função social do contrato, erigido a cláusula geral no Código Civil de 2002, auxilia no sentido de que não se insiram cláusulas que prejudiquem terceiros; bem como atua no sentido de proibir a contração em razão do interesse maior da coletividade

A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes todo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo

proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em razão do interesse maior da coletividade (PEREIRA, 2003, p. 13-14).

De inspiração constitucional, é um princípio moderno que vem se somar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos. A função social do contrato não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior (PEREIRA, 2003, p. 14). “É importante ressaltar que o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil elevou o princípio da função social do contrato (...) a preceito de ordem pública” (CASSETARI, 2013, p. 191).

Neste sentido os Enunciados 21, 22 e 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovados na I Jornada de Direito Civil

21 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

22 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma civilista de 1916 para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo (GONÇALVES, 2009, p. 4).

2.3.2 As cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor

A inserção da boa-fé objetiva ao Direito Contratual contemporâneo no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, através da técnica legislativa das cláusulas gerais tem finalidade de garantir o adimplemento da relação contratual (SILVA e MATOS, 2010, p. 62). “Com a entrada em vigor do novo Código Civil (...), as cláusulas gerais passaram a ocupar papel de maior destaque ainda no ordenamento jurídico brasileiro, e em especial no direito privado” (MENKE, 2011, p. 108).

Ressalte-se que a inclusão da cláusula geral da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 é um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, exarado no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988 (SILVA e MATOS, 2010, p. 70).

São dispositivos legais contendo cláusulas gerais o art. 421, (função social do contrato) e o art. 422 (boa-fé objetiva). “O princípio da boa-fé objetiva estampado no já mencionado art. 422 do CC, não tem correspondência com o Código revogado de 1916” (LENZI, 2003, p. 101).

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor também a positivou no art. 51, inc. IV.

Sobre a instrumentalidade das cláusulas gerais, Menke, citando Lutz Mager afirma que “hoje em dia as cláusulas gerais servem como porta de entrada de valores constitucionais” (MENKE, 2011, p. 111).

Por meio das cláusulas gerais o ordenamento jurídico pode se banhar de valores constitucionais. Neste sentido Menezes Cordeiro

Esta faculdade de, do sistema e através da boa-fé, colocar no tecido jurídico-privado, em termos renovados, dados atinentes ao sistema, não se queda pela igualdade. Outros princípios básicos, normalmente consagrados nos catálogos fundamentais, podem ser transmitidos, por esta via. O fenômeno, já conhecido, tem sido referenciado com recurso à idéia de eficácia, perante terceiros, dos direito fundamentais (MENEZES CORDEIRO, 2011, p.1278).

Importante também a distinção entre cláusulas gerais e princípios. As cláusulas gerais sempre serão expressas; jamais haverá cláusula geral implícita, uma vez que se trata de técnica legislativa. Por sua vez, o princípio pode integrar um sistema jurídico mesmo não estando positivado, como o era o princípio da boa-fé objetiva antes do Código Civil de 2002 (MENKE, 2011, p. 113).

A distinção também se faz sentir nas lições de Ulhoa

As cláusulas gerais não são princípios. Há uma diferença significativa entre esses dois tipos de normas jurídicas. Os princípios, estudou-se, são normas de âmbito de incidência extremamente largo, que se projetam sobre as demais, informando-lhe a interpretação. Podem estar expressos em dispositivos de direito positivo ou ser revelados pelos tecnólogos (...). Já as cláusulas gerais não se caracterizam pela amplitude do âmbito de incidência e, embora possam servir à interpretação de outras normas, não são propriamente vocacionadas para esse desiderato. A liberdade de iniciativa, por exemplo, é um princípio (constitucional, alias) (...). Já a regra da boa-fé inserida no art. 422 do CC é cláusula geral, porque incide apenas na conclusão e execução dos contratos (ULHOA, 2010, p. 45)

Ressalte-se o fato de que, mesmo não sendo positivado, o princípio encontra aplicação para deslinde de casos concretos como o já referenciado *caso dos tomates* (vide nota de rodapé da página 51). A decisão de cunho civilista no referido caso adotou o princípio da boa-fé objetiva como parâmetro para estabelecer a quebra da boa-fé. “Há que se lembrar o exemplo da cláusula geral da boa-fé objetiva, que não obstante tenha sido incluída na legislação civil apenas com o advento do Código Civil de 2002, vasta já era a

sua aplicação com base no princípio que enunciava o seu conteúdo” (MENKE, 2011, p. 123).

Com o advento do Código Civil de 2002, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro nova aplicação à cláusula geral da boa-fé objetiva. Agora, no Código Civilista, é convidada a regular relações jurídicas paritárias, “independentemente da vulnerabilidade de uma das partes, pois, indubitavelmente, não havia desequilíbrio contratual a ser sanado. (...) não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir” (SILVA e MATOS, 2010, p. 84-85). “Precedidas as devidas ressalvas, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a concretização da cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor poderão, de alguma forma, ser aproveitados na interpretação do art. 422 do CC/2002” (MENKE, 2011, p. 123).

A cláusula geral da boa-fé objetiva é norma de comportamento (AZEVEDO, 2011, p. 28). Sem dúvida, prevista pelo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor faz nascer deveres anexos de lealdade, colaboração e informação para que seja alcançado o fim colimado pelos contratantes. Entretanto, é notório o fato de que o papel da boa-fé no Código Civil difere da versão protetora da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. Em relações paritárias como as contempladas no Código Civil não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé porque não há desequilíbrio a corrigir (SILVA e MATOS, 2010, p. 85).

Necessário compreender que a cláusula geral da boa-fé não cria somente deveres positivo, mas também negativos como o dever de manter sigilo

Em qualquer das fases contratuais, a cláusula geral da boa-fé, como norma de comportamento, cria, para as partes, deveres positivos e negativos; estão, entre os primeiros, os deveres de colaboração, inclusive de informação, (...) e, entre os segundo, os deveres de lealdade, especialmente o de manter sigilo (AZEVEDO, 2011, p. 29).

Tendo em vista que tem atuação distinta no âmbito do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, será necessário que o intérprete, por meio da hermenêutica, preencha o conteúdo da cláusula geral nas relações paritárias e nas não paritárias, notadamente suas funções, deveres anexos e limites, viabilizando sua aplicação diante do caso concreto (SILVA e MATOS, 2010, p. 85-86). “Dispositivos legais contendo cláusulas gerais, como o art. 421, CC/2002 (função social do contrato) e art. 422, CC/2002 (boa-fé objetiva), foram consagrados, fazendo com que se faça necessário

um exame dos métodos mais adequado para a interpretação desta espécie normativa” (MENKE, 2011, p. 108).

Os novos contornos da boa-fé objetiva no âmbito do Direito Privado são plenamente compatíveis com o regramento erigido no Código de Defesa do Consumidor, em razão do fato de ambos os diplomas legais serem irrigados pela mesma matriz principiológica, a Constituição da República de 1988, por meio do diálogo das fontes, expressão que Marques consagrou na doutrina brasileira (SILVA e MATOS, 2010, p. 70).

De fato, por ocasião da III Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado nº 167 que reconheceu a aproximação principiológica entre os dois diplomas no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

2.3.3 A adesão civil

Os contratos civis regidos pelo Código Civil de 2002 apresentam maior amplitude de expressão da liberdade contratual do que os contratos de consumo. Entretanto, para os negócios civis concluídos por meio de adesão as regras aplicáveis se aproximam mais das previstas pela legislação especial (ALVES, 2011, p. 294). “Além de subordinar todos os contratos aos limites da boa-fé e da função social, o Código Civil previu disciplina especial para os contratos de adesão, ao vedar, em seu art. 424, a renúncia antecipada aos direitos que resultem da natureza do negócio” (ZANETTI, 2008, p.228).

Art 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Isso porque, como explica Cassetari, o Código de Defesa do Consumidor foi a inspiração para o legislador na feitura do artigo em comento. “Se trocarmos a palavra aderente por consumidor, teremos o texto do art. 51 do CDC” (CASSETARI, 2013, p. 182).

Entretanto, a adesão no Código Civil de 2002 não se confunde com o contrato de consumo, conforme conclusão a que se chegou na III Jornada de Direito Civil, por meio do Enunciado 171

171 - O contrato de adesão, mencionado nos arts 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo.

Importante destacar que os contratos civis de adesão, não sujeitos à legislação

especial, são alcançados por limites mais rígidos do que os demais contratos disciplinados pelo Código Civil de 2002, visto que a possibilidade de uma das partes estipular unilateralmente as cláusulas contratuais fere o equilíbrio entre os contratantes (ALVES, 2011, p. 295).

Por certo, não foi por outra razão que o Enunciado 172, aprovado na III Jornada de Direito Civil, reconheceu que as cláusulas abusivas podem ocorrer em contratos civis

172 - As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.

Não há no Código Civil o conceito de contrato de adesão, todavia se pode utilizar o conceito de contrato de adesão da legislação consumerista como sendo aquele em que o aderente não pode discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo (CASSETARI, 2013, p. 189).

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

O contrato de adesão civil pode ser firmado entre sociedades empresárias para colimação de objetivos outros que não relação de consumo. (...) “onde uma das partes, normalmente, aceita em bloco cláusulas predispostas pelo outro contratante, o que se afigura comum” (ALVES, 2011, p. 294). Assim, o contrato no âmbito do direito civil pode ser de adesão ou paritário. “No contrato paritário há possibilidade de modificação do conteúdo, existindo igualdade no momento da sua fixação, diferentemente do que ocorre no contrato de adesão” (CASSETARI, 2013, p. 183).

Neste sentido também é a lição de Zanetti ao considerar que entre sociedades empresárias a adesão pode objetivar a aquisição de bens a serem incorporados em sua produção ou revendidos

Contrato por adesão e contrato de consumo não são, todavia, termos coextensivos, como concluíram os estudiosos reunidos na III Jornada de Direito Civil, realizada em dezembro de 2004, sob os auspícios do Conselho de Estudos da Justiça Federal, secundados pela doutrina. O predisponente pode não ser um fornecedor (...). Dentre os contratos por adesão que não disciplinam relações de consumo, a hipótese mais comum, todavia, é a do negócio concluído entre sociedades empresárias. Não são nada raros, por exemplo, os casos em que uma sociedade empresária aceita em bloco as cláusulas predispostas para contrair empréstimo destinado ao desenvolvimento de sua atividade profissional ou para adquirir bens a serem incorporados em sua produção ou revendidos no mercado de consumo. Por comodidade expositiva, tais contratos serão qualificados como civis, em contraposição aos negócios submetidos ao regime do Código de Defesa do Consumidor (ZANETTI, 2008, p. 227-228).

Um exemplo de contrato de adesão civil é “o contrato de franquia, em que inexistente relação de consumo, já que o franqueado não é destinatário final dos produtos e serviços adquiridos, e não pode alterar o conteúdo, haja vista que terá que se submeter ao modelo empregado pelo franqueador” (CASSETARI, 2013, p. 189). Daqui nasce a dificuldade que alguns consumidores têm de entender a razão de não conseguirem comprar uma goma de mascar nas franquias do McDonald; ou uma Coca Cola nas franquias da Pizza Hut. O franqueado aceita em bloco as cláusulas contratuais estabelecidas pelo franqueador que disponibiliza a marca da empresa, a tecnologia, consultoria, produtos e serviços.

Outro exemplo de adesão civil consiste na aplicação do art. 424, no caso da fiança locatícia. O art. 827 do CC prevê o benefício de ordem como um direito resultante do negócio fiança. O art. 828 do mesmo Código permite que haja renúncia a tal benefício. “Se não houve discussão das cláusulas contratuais, existe, no caso em tela, um contrato de adesão” (CASSETARI, 2013, p. 192-193).

Segundo Zanetti, ainda haveria outros exemplos de adesão civil, todos concluídos entre sociedades empresárias

No campo do direito privado estranho às relações de consumo, são muito comuns os contratos por adesão de franquia; locação de imóveis; prestação de serviços; transporte; fornecimento de mercadorias; financiamento bancário; arrendamento mercantil; aquisição, suporte e manutenção de software; todos quotidianamente concluídos entre sociedades empresárias (ZANETTI, 2008, p.229).

Esses contratos, além de estarem na posição de contratos civis, são classificados, por suas peculiaridades, como de adesão. Devem obediência às limitações gerais, senão sua disciplina ditada pelo Código Civil em seu art. 424 (ALVES, 2011, p. 295).

Uma vez realizados apontamentos a respeito da nova concepção de contrato; bem como sobre a aproximação principiológica entre o Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor, interessa, no próximo capítulo, tecer considerações sobre a formação dos contratos civis e consumeristas à luz dessa nova concepção de contrato.

3 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Uma vez que se realizou apontamentos sobre a nova concepção de contratos, passa-se a considerar sua influência na formação dos contratos civis e consumeristas.

De modo que cabe abordar pontos fulcrais para o estabelecimento do vínculo obrigacional à luz da nova concepção de contrato, tal qual a oferta, a aceitação e a conclusão dos contratos.

3.1 A OFERTA

O contrato como processo encerra fases subordinadas à boa-fé objetiva, a exemplo a fase pré-contratual, da conclusão do contrato, da execução e, por fim, a pós-contratual (AZEVEDO, 2011, p. 27).

Todo o contrato tem início com a oferta e se consuma com a aceitação da outra parte interessada. Destarte, a oferta deve ser examinada na fase pré-contratual (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 133). Em que pese o fato de o Código de Defesa do Consumidor não fazer referência especial a negociações ou tratativas (AZEVEDO, 2011, p. 30), assegura ao consumidor o direito à informação na fase pré-contratual, e, nalguns casos, direito de reflexão ou arrependimento (MARQUES, 2011, p. 94).

Observa-se que a proposta pode nascer como evolução natural das negociações preliminares entabuladas. Neste caso, o que se mostra difícil é identificar quando termina a fase de tratativas e quando se esta já diante da proposta (WERNER, 2007, p. 75). Esta questão perde relevância quando se constata que na fase de negociações a boa-fé faz nascer deveres de lealdade, colaboração e informação que preservam os interesses das partes (AZEVEDO, 2011, p. 30).

O princípio da boa-fé, como norma de comportamento, impondo as partes que se comportem com lealdade e objetivando proporcionar aos contraentes a confiança necessária às relações sociais de intercâmbio de bens e serviços, “já é uma espécie de antecâmara do princípio da justiça contratual” (NORONHA, 1994, p. 218). “Este princípio ou novo mandamento obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só as relações de consumo, será aqui denominado de princípio da boa-fé objetiva para destacar a sua nova interpretação e função” (MARQUES, 2004, p. 180).

De acordo com a visão moderna do contrato como processo, identifica-se na fase pré-contratual que as tratativas entabuladas podem gerar certa vinculação,

principalmente quando faz nascer em uma das partes legítima expectativa de conclusão do contrato, contraindo despesas com orçamentos, prospectos, estudos, projetos, etc. Trata-se de uma relação jurídica próxima da contratual (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 120). Sobre essa relação próxima da contratual o mestre Silva “salienta que as partes no curso das atividades pré-contratuais devam comportar-se segundo a boa-fé. Concedendo-se, *ad argumentum*, que o princípio sumo incida sobre atos pré-contratuais, mister se faz examinar que deveres deles promanarão” (SILVA, 2009, p.75-76, grifo no original).

Tendo em vista a aproximação principiológica entre o diploma civil e o consumerista, de acordo com a nova concepção de contrato, foram aprovados os Enunciados 25, 26 e 170 que reconhecem a incidência de deveres anexos sobre obrigações constituídas sob o manto do Código Civil

25 – Art. 422: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

26 – Art. 422: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

170 – Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

Por fim, uma vez observada a boa-fé objetiva pelas partes, a proposta e a aceitação de um contrato podem ser expressas por meio de palavras escritas, faladas, ou ainda, por um comportamento concludente. “Exige-se apenas que o modo de expressão, escolhido pelo declarante, manifeste ao destinatário, de modo adequado e por ele inteligível, a vontade de concluir o contrato e o conteúdo que a este se tenciona dar” (ROPPO, 2009, p. 96).

3.1.1 A oferta no Código Civil de 2002

A oferta na concepção clássica exigia para sua validade a observação a uma série de requisitos: devia indicar a coisa vendida e seu preço; devia ser dirigida a um destinatário e ser firme. Se não fossem observados estes requisitos, não haveria oferta, mas mero convite a fazer oferta. Não precisava se revestir com a forma de um projeto completo de contrato. Bastava que indicasse seus elementos essenciais como coisa e preço. O Código Civil de 1916, em seu art. 1.080, disciplina que a oferta vinculava o peticitante. O dispositivo foi repetido, sem alterações, no art. 427, do Código Civil de

2002 (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 266).

Registre-se que, se no Código Civil “a proposta somente teria conteúdo vinculativo quando portadora dos elementos essenciais do contrato a ser formado, no regime das relações de consumo essa restrição fica afastada” (WERNER, 2007, p. 101). No que se refere ao poder vinculativo da proposta “O CDC foi ainda mais longe que o CC na atribuição de efeitos jurídicos à oferta. Em primeiro lugar, não há previsão de exceções sobre seu caráter vinculante” (AZEVEDO, 2011, p. 33).

A transcrição do art. 1.080 do Código Civil de 1916 para o art. 427 do Código de 2002 torna atual a lição de Pontes de Miranda, conforme se observa no trecho abaixo

A oferta vincula o oferente. Desgraçadamente, nas leis e nos livros de doutrina, por vezes se emprega “obrigar” em vez de vincular, ou de “tornar devedor”, como de obrigar *stricto sensu*. A vinculação, a dívida e a obrigação se confundem. O oferente ainda não deve, a *fortiori*, ainda não é obrigado, mas vinculado fica, exceto se na oferta estabeleceu restrições, ou se a inviolabilidade resulta do tipo mesmo do negócio jurídico ou de circunstâncias do caso concreto (MIRANDA, 1972, T. XXXVIII, p. 48-49, grigo no original).

Vê-se que a proposta no Código Civil equivale a uma manifestação de vontade dirigida a uma aceitação, merecendo tratamento específico. (WERNER, 2007, p. 100). Entretanto, além do rigor formal dos requisitos da oferta no âmbito civilista, havia certa indefinição em vários ordenamentos jurídicos sobre o caráter vinculante da oferta, inviabilizando ou impedindo a responsabilização do anunciante (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 276).

Pontes de Miranda analisando a natureza jurídica da oferta consigna em seu Tratado de Direito Privado que “temos de considerá-la negócio jurídico, que se destina à composição de negócio jurídico bilateral. Se considerássemos não entrado no mundo jurídico o ato de oferta, não poderíamos explicar a irradiação de efeitos jurídicos antes da aceitação” (MIRANDA, T.II, 1974, p. 422).

Em que pese a lição de Pontes de Miranda sofre a irradiação de efeitos da oferta antes da aceitação, a concepção clássica da oferta existente no Código Civil de 1916 e reprisada, em sua essência, no Código Civil de 2002 não se adaptava à realidade da sociedade de consumo, marcada pelo emprego maciço do *marketing* (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 266). Como observa Werner, “não mais se justificaria o tratamento da proposta (ao menos no âmbito das relações de consumo) de forma separada das manifestações a ela anteriores: estas têm igual potencialidade vinculante” (WERNER, 2007, p. 100).

Segundo Cavalieri Filho, a oferta no Código de Defesa do Consumidor e no

Código Civil de 2002 não apresentam diferenças substanciais em razão de ambas deverem apresentar as mesmas características, tais como: seriedade, deve ser completa e receptível. Entretanto, salienta o autor que a proposta no Código do Consumidor sofre flexibilização primeiramente no que se refere à completude. Se a oferta no Código Civil não é completa, ou seja, se não for suficientemente precisa, não passa de mero convite à oferta. Por sua vez, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, se a informação ou publicidade, ou oferta não forem suficientemente precisas, não invalida a condição de oferta em razão de o art. 31 do referido diploma legal impor ao fornecedor o dever de informar completamente ao consumidor acerca de sua oferta. A eventual omissão de algum dado não transforma a oferta em mero convite a ofertar (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 134).

3.1.1.1 A aparente evolução introduzida pelo art. 429 do Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 tentou se ajustar à evolução do mercado e da comunicação em massa no que diz respeito à oferta, entretanto, o avanço foi apenas aparente. Avançou no sentido de estabelecer pela primeira vez na legislação civil, por meio do art. 429, caput, a equivalência entre oferta ao público e proposta. O aparente avanço fica evidenciado quando se observa que a condição de a oferta ao público (entenda-se publicidade) dever conter os requisitos essenciais do contrato é juridicamente possível, mas concretamente inviável (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 281).

Para compreender a dimensão das alterações implementadas, na doutrina tradicional os anúncios não tinham poder vinculante. “Na nova concepção, a publicidade deixa a periferia do fenômeno jurídico e passa a integrar o privilegiado grupo de institutos capazes de por em marcha a roda da responsabilidade, não só civil, mas também penal e administrativa” (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 271-272).

Em seus esforços doutrinários, Nery defende que o regime de descumprimento da oferta no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor é o mesmo, ensejando execução específica, restando papel subsidiário as perdas e danos ambos

Tanto isso é verdade que o legislador da reforma do CPC, aproveitando a experiência do sistema do Código de Defesa do Consumidor, modificou o CDC. Com efeito, o art. 461 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº. 8.952/94, tem conteúdo praticamente idêntico ao do art. 84 do CDC. Esse art. 461 do CPC, caput e parágrafos, de conteúdo de Direito Material, é cópia *ipsis litteris*, praticamente, do art. 84, do CDC (NERY, 2007, p. 519).

Assim, inadimplida a oferta do Direito Privado tradicional, sua resolução não mais se dá em perdas e danos, mas de forma específica, como ocorre com o sistema do CDC.

Hoje, portanto, o regime do descumprimento da oferta (CDC) ou da proposta

(CC) é o mesmo: ambos os descumprimentos ensejam execução específica, sendo as perdas e danos utilizados somente subsidiariamente, isto é, diante da preferência do credor ou na impossibilidade do cumprimento da obrigação na forma específica. Essa inclusão, no CPC, de regra extraída do sistema do CDC bem demonstra a tendência legislativa do Direito brasileiro, que estendeu ao Direito Privado, como um todo, o sistema de execução específica da obrigação de fazer e não fazer inadimplida regulada pelo CDC (NERY, 2007, p. 519).

Lembre-se ainda que a revogação, a retificação e mesmo a modificação da oferta no âmbito civilista só é considerada válida se for realizada pela mesma via em que ocorreu sua divulgação. Sem embargo, além da mesma via de comunicação deve obedecer a mesma forma pela qual se deu a divulgação, sob pena de ocorrer violação do princípio geral da boa-fé e da função social do contrato (Código Civil de 2002, arts. 421 e 422), alicerces sobre os quais se baseia o novo paradigma contratual civilista (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 306).

Por outra parte, a faculdade de revogação – e, novamente, da alteração ou retificação – precisa ser ressalvada na própria oferta que se pretende revogar, alterar ou retificar. Sobre esse requisito, cabe salientar, inicialmente, que a menção deve ser clara, precisa e ostensiva, pois, do contrário, desrespeitados estariam os princípios da probidade e boa fé (Código Civil de 2002, art. 422) (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 306).

Vasconcellos e Benjamin ensina que no direito contratual convencional o polícitante era o mestre da oferta. Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor atribui à oferta publicitária “rigorosa irretratabilidade, em todo ultrapassado o caráter singularmente frágil da oferta clássica, fruto de sua acentuada revogabilidade” (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 279).

3.1.1.2 Aplicabilidade dos deveres anexos à boa-fé objetiva na oferta civilista

Rememorando o Enunciado nº 167, do Conselho da Justiça Federal, que reconheceu a existência de forte aproximação principiológica entre os diplomas Civil e Consumerista no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos, não se pode descuidar que a boa-fé objetiva deve permear a relação jurídica em todas as suas, irradiando os deveres anexos a serem observados pelos contratantes, inclusive na oferta no âmbito civilista.

Entre todos os deveres anexos decorrentes da aplicação do princípio da boa-fé objetiva às obrigações civis e consumeristas, “O primeiro e mais conhecido dos deveres anexos (...) é o dever de informar (MARQUES, 2004, p. 187).

Leciona Menezes Cordeiro que, “Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 605). Destarte, nota-se que o dever de informar é anexo a toda a relação contratual, acompanhando-a do nascimento à morte total, não se esgotando na fase pré-contratual (MARQUES, 2004, p. 189), irradiando seus efeitos, inclusive, sobre a oferta no âmbito civilista.

3.1.2 A oferta no Código de Defesa do Consumidor

A formulação clássica da oferta fundamentada no pensamento jurídico oitocentista não se adaptava à realidade de sociedade de consumo (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 266).

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 30, modificou e ampliou de forma significativa a noção de oferta no direito brasileiro. A teor do referido artigo, toda informação e publicidade suficientemente precisa vincula o fornecedor, passando a integrar o futuro contrato. Esta modificação e ampliação apresenta consequências práticas e jurídicas para o fornecedor, que “deverá prestar mais atenção nas informações que veicula, seja através de impressos, propaganda em rádio, jornais e televisão, porque estas já criam para ele um vínculo, uma obrigação pré-contratual” (MARQUES, 2011, p. 94-95). Assim, o Código de Defesa do Consumidor foi mais longe na atribuição de efeitos jurídicos à oferta do que o diploma civilista (AZEVEDO, 2011, p. 33).

De forma didática e simples, Vasconcellos e Benjamin resume o poder vinculante da oferta no âmbito consumerista com a seguinte expressão: “ofereceu, cumpriu. É essa a *ratio* e o espírito do princípio da vinculação da oferta” (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 292, grifo no original).

No fenômeno de contratação em massa a oferta deixa de ser individualizada em razão de ser manejada de forma coletiva pelo fornecedor por meios massificados como a publicidade (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 133).

Não se deve estender o conceito clássico de oferta ao vocábulo oferta utilizado no Código de Defesa do Consumidor. Deve o instituto ser observado através das lentes de uma sociedade de consumo massificada, na qual a oferta deixa de ser realizada de forma individual, “mas nem por isso perdem sua eficácia e poder para influenciar o

comportamento e a decisão final do consumidor” (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 266-267).

Nesta acepção, oferta é sinônimo de *marketing*, conforme Vasconcellos e Benjamin

Oferta, em tal acepção, é sinônimo de *marketing*, significando todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado pelos fornecedores. Qualquer uma dessas técnicas, desde que “suficientemente precisa”, pode transformar-se em veículo eficiente de oferta vinculante. Aí reside uma das maiores contribuições do Direito do Consumidor à reforma da teoria clássica da formação dos contratos. Vê-se, então, que a oferta, nesse sentido moderno, abrange não apenas as técnicas de indução pessoal, como ainda outras mais coletivas e difusas, entre as quais estão as promoções de vendas e a própria publicidade (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 267).

As primeiras análises dos efeitos da crise da pós modernidade na sociedade de consumo indicavam que as relações massificadas de adesão e outros métodos de contratação provocariam a despersonalização das relações; os contratos nasceriam sem sujeitos em face da desconstrução, ou seja, teria ocorrido a *morte do sujeito* (MARQUES, 2004, p. 215-216).

Como lembra Silva, a inserção da proteção do consumidor entre os direitos fundamentais fez com os consumidores fossem alçados à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais (SILVA, 2012, p.262-263). “Certo é que as noções de indivíduo e sujeito mudaram, mas também mudou nosso direito e nossa maneira de ver o sujeito: o sujeito de direitos está lá, não morreu, nem desapareceu, foi resignificado” (MARQUES, 2004, p. 215-216).

O sujeito qualificou-se com direitos (constitucionais) e se multiplicou. Hoje há um pluralismo de sujeitos: individuais, homogêneos, coletivos e difusos; entretanto, este pluralismo não constitui obstáculo para que recebem seus direitos e os exerçam (MARQUES, 2004, p. 215-216). Importante considerar que “A parceria entre o Direito e a comunicação mercadológica com o consumidor evoluiu de uma proteção extracontratual (frágil) para uma tutela (efetiva) na fase da formação do contrato e, a partir desta, para um regime especial de execução do documento contratual” (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 293).

3.1.2.1 O princípio da vinculação - a oferta integra o contrato

Para se compreender a amplitude das alterações implementadas pelo Código de Defesa do Consumidor em relação à oferta, é importante lembrar que na doutrina

tradicional os anúncios não tinham caráter vinculante, sendo considerados aspectos alheios ao negócio. Na nova concepção, plasmada pelo Código de Defesa do Consumidor, a publicidade deixa de ser fenômeno periférico e passa a instituir capaz de acionar a responsabilidade do fornecedor, nos âmbitos civil, penal e administrativo (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 271-272).

Segundo o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, a oferta assume papel relevante integrando o futuro contrato. “É o fenômeno da vinculação” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 135). O princípio da vinculação aplica-se à publicidade apesar de estar inserido na seção da oferta e se introduz no contrato ainda que seu texto pretenda afastar o caráter vinculante (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 268-268); ou que, no momento de sua assinatura, “o fornecedor omita algum ou alguns dos elementos que dele constava” (RIZZATTO, 2000, p. 371)

Resta evidenciado que a disciplina a respeito da oferta no Código do Consumidor foi muito além da disciplina da proposta no Código civilista. De fato, conforme dicção do art. 427 do Código Civil de 2002, o proponente pode se esquivar da oferta impondo limites e condições na proposta, podendo, inclusive, não existir vinculação a depender da natureza do negócio (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 135).

Neste sentido as palavras de Pereira

Vê-se que o Código do Consumidor foi além do Código Civil ao disciplinar a oferta ao público, tendo em vista que concedeu expressamente ao oblato a possibilidade de exigir o cumprimento específico da obrigação, se assim o desejar. A maior parte da doutrina que examinou a extensão da obrigação da proposta do art. 1.080 do Código Civil de 1916, repetido *ipsis literis* no art. 427 do Código de 2002, se encaminhou no sentido de, nas hipóteses em que o peticitante não honra a proposta, conceder ao oblato apenas a via das perdas e danos, sem execução específica da obrigação de contratar (PEREIRA, 2003, p. 39, grifo no original).

Para que o princípio da vinculação atue é necessário que sejam preenchidos dois pressupostos básicos: veiculação e precisão da informação. Veiculação porque ela é que promove a exposição do consumidor ao conteúdo da oferta; e informação precisa, cabendo salientar que o Código de Defesa do Consumidor reza que ela deve ser suficientemente precisa, ou seja, não precisa ter caráter absoluto de precisão (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 269-270).

Sem embargo, o Código do Consumidor, além de assegurar a vinculação da oferta (informação ou publicidade suficientemente precisa), ainda abre o leque de três opções ao consumidor, forte no art. 35 do referido diploma: Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o

consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Ressalte-se que não há possibilidade de retratação do proponente no âmbito das relações de consumo (AZEVEDO, 2011, p. 33).

Não se pode deixar ao largo os esforços doutrinários, Nery que defende que, a Lei 8.952/94 modificou o Código de Defesa do Consumidor, defende que o regime de descumprimento da oferta no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor é o mesmo, ensejando execução específica, restando papel subsidiário às perdas e danos em ambos (NERY, 2007, p. 519).

3.1.2.2 inaplicabilidade do art. 429, parágrafo único do Código Civil de 2002 às relações de consumo

Conforme os apontamentos de Vasconcellos e Benjamin, o art. 429, caput, do Código Civil de 2002 não tem aplicação nas relações de consumo, salientando o autor que o estudo do sistema do Código civilista interessa pelo fato de fazer sobressair a visão social e moderna de contrato que o legislador fez incorporar ao Código de Defesa do Consumidor. O autor continua suas ilações verificando que também o parágrafo único do art. 429 do Código Civil de 2002, que cuida da revogação da oferta ao público, não se aplica nas relações de consumo (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 282).

O autor traz quatro razões que afastam a aplicação do parágrafo único do art. 429, do Código Civil de 2002, às relações de consumo

A um, conquanto, ontologicamente, os regimes de oferta no CC e no CDC divergem de modo radial. Aquele, de inspiração subjetivista, estrutura-se em torno da teoria da vontade. Não é a toa que seu art. 112 dispõe que: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.” Em sentido contrário, o CDC privilegia, conjuntamente, as teorias da declaração (= veiculação, art. 30) e da confiança (= expectativa legítima dos consumidores).

A dois, na medida em que diverge a divisão de riscos no CC e no CDC, aceitando aquele a responsabilidade civil objetiva somente em linha de exceção (arts. 186 e 927), enquanto este, ao revés, abriga a responsabilidade subjetiva só de forma extraordinária (por exemplo, o art. 14, §4º, no campo dos serviços prestados por profissionais liberais).

A três, como decorrência inevitável do paradigma ético-social que orienta as duas legislações; numa (o CC), o paradigma é, por princípio, o da relação entre

iguais; na outra (o CDC), o paradigma é o da vulnerabilidade do consumidor, como presunção absoluta (art. 4º, I).

A quatro, já que não pode o legislador – sob pena de violação da regra constitucional de tutela especial do sujeito vulnerável, o consumidor – presumir que os milhares ou milhões de destinatários de um determinado anúncio sejam, todos eles, atingidos pelo anúncio-revogação. As presunções contra o consumidor são inconstitucionais, pois violam o próprio sentido e fundamento do sistema protetório particular (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 308).

Salta aos autos que o legislador não agiu com desleixo ou esquecimento ao não prever a revogação da oferta publicitária no Código de Defesa do Consumidor. Em verdade, o legislador considerou que ela apresenta incompatibilidade com os fundamentos, princípios e estrutura filosófica que norteiam o sistema especial (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 308).

Além de erigir a força obrigatória da policitação ao *status* de princípio, a lei ainda impõe um dever genérico de informação, acompanhado de outros mais específicos (VASCONCELLOS e BENJAMIN, 2007, p. 275).

3.1.3 A oferta nos métodos de contratação em massa

Os métodos de contratação estão presentes na sociedade de consumo em massa e constitui “não só fenômeno inevitável, como propiciador de inúmeras vantagens, como a simplificação, economia de tempo e dos custos, uniformização nas relações jurídicas com diversos contratantes etc” (ALVES, p. 271, 2011).

Em face da relevância do instituto cabe debruçar-se, ainda que de forma não exaustiva, sobre a oferta com vistas à formação do vínculo obrigacional por meio dos métodos de contratação em massa.

3.1.3.1 A oferta nos contratos de adesão

O contrato de adesão pode ser definido como um “novo método de estipulação contratual imposto pelas necessidades de vida econômica, no qual a proposta e a aceitação não se apresentam como nas estipulações normais” (GOMES, 1972, p. 9).

Em razão de os contratos de adesão serem contratos escritos, o consentimento do consumidor seguirá também a forma escrita. Os contratos de adesão apresentam-se sob a forma de formulários impressos, sendo hoje também comum os elaborados por computador ou por terceiros, o que não os descaracteriza (MARQUES, 2004, p. 63).

Em que pese o fato de este método de contratação padronizada, homogênea e massificada trazer em seu bojo vantagens como racionalização, rapidez, praticidade, segurança e economia; a adesão proporciona também a prática de abusos de toda a sorte, principalmente quando há desigualdade entre as partes. Nos contratos de adesão em que há relação de consumo, o consumidor adere ao contrato confiando nas empresas que pré-elaboraram suas cláusulas, mas nem sempre essa confiança é correspondida (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 138).

Assim, as novas relações contratuais originadas do estabelecimento de contratos de massa, fizeram com que se alterasse a visão da oferta que deixou de ser feita a um indivíduo preestabelecido. A oferta passou a ser endereçada à coletividade nos contratos de consumo, utilizando como instrumento para sua difusão a comunicação de massa desenvolvida pela publicidade (OLIVEIRA, 2003, p.262).

Segundo Marques, nos contratos de massa a oferta não é dirigida a pessoas determinadas, mas a todos os indivíduos da coletividade. “Esta oferta genérica, mas, principalmente, a publicidade e outras informações prestadas não vinculam a empresa, sendo consideradas apenas uma *invitatio* ou um convite para a oferta por parte do consumidor (*invitatio ad offerendum*)” (MARQUES, 2011, p. 94, grifo no original).

Neste sentido também a lição de Gomes

Quanto ao mecanismo da formação desses contratos, observado pelo ângulo das regras comuns à categoria geral, a particularidade é simplesmente respeitante à iniciativa da proposta, que tanto pode ser da empresa como do cliente. No primeiro caso, há *oferta ao público*, considerando-se perfeito e acabado o contrato no momento em que o cliente declara a aceitação. No segundo caso, *convite* à oferta; o contrato conclui-se quando a empresa aceita. A rigor, a *adesão* manifesta-se no seu significado próprio, na hipótese de oferta ao público, mas a inversão não retira da figura os traços distintivos. Por outras palavras, a figura não se desconjunta em razão do modo como se arma (GOMES, 1972, p. 41-42, grifo no original).

Na lição de Cavaliere Filho se encontra a afirmação que a principal diferença entre os contratos paritários e os contratos de adesão está na fase pré-contratual. Nos contratos de adesão não há tratativas, não havendo a possibilidade de o aderente influenciar na composição da proposta. Por outra banda, nos contratos paritários ocorre esta possibilidade (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 139).

No contrato de adesão a fase das negociações preliminares não existe. O esquema contratual está pronto, devendo aceitá-lo integralmente o aderente. Contudo, sempre há cláusulas que não podem ser pré-estabelecidas. De regra, fica uma faixa, mais larga ou estreita, se bem que, as mais das vezes, o contrato prévio se destine somente à determinação de dados pessoais como nome, endereço, melhor data de vencimento etc;

cláusulas estas periféricas, que não chegam a atingir o *núcleo* pré-estabelecido pela empresa. Podem, de forma excepcional, ocorrer modificações de algumas cláusulas gerais centrais (não periféricas como nome, endereço etc), mediante acordo entre as partes. Quando as modificações ocorrem modificações nestas cláusulas gerais em razão de acordo das partes, pode-se falar em negociações preliminares, dado que se travam entendimentos acerca do conteúdo do contrato que se vai concluir (GOMES, 1972, p. 41).

Observa-se, assim, que se o consumidor quiser contratar, resta-lhe apenas a alternativa de concordar com as condições pré-estabelecidas pelo. “São raras as hipóteses em que o consumidor tem a oportunidade de negociar as condições do contrato e manifestar a sua aceitação expressamente” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 138). “O livre consentimento é substituído pela adesão. As negociações preliminares são eliminadas, nenhum debate se travando sobre as cláusulas prefixadas por um dos contratantes potenciais” (GOMES, 1972, p. 11).

3.1.3.2 A oferta no comércio eletrônico

Uma característica da formação dos contratos na pós-modernidade é a formação de contratos por meio eletrônicos, celebrados no ciberespaço com um apertar de botão ou movimentos de *mouse* (OLIVEIRA, 2003, p.266).

Em razão da proliferação deste método de contratação em massa, importa, ainda que de forma sucinta, fazer alguns apontamentos sobre a formação do vínculo obrigacional, passando-se, preliminarmente, a oferta.

3.1.3.2.1 A regulamentação do comércio eletrônico

Silva em sua obra *A Obrigação como Processo* leciona que “A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade. Os particulares se viam não só forçados a não poder escolher com quem contratar – *organisationzwang* - como igualmente se lhes impossibilitava o diálogo a respeito do conteúdo do contrato” (SILVA, 2006, p, 30, grifo no original)”.

Comentando as palavras de referido autor, Marques sintetiza no sentido de que “se o meio virtual, a rede da internet e a globalização aumenta a liberdade teórica dos

consumidores, a prática lhes limita e a solução só pode ser a regulamentação pelo Direito” (MARQUES, 2004, p. 118).

Em um breve traçado histórico sobre a disciplina cabível ao comércio eletrônico, registre-se que no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, de Belo Horizonte, em 2000, chegou-se à conclusão de auto-aplicação das normas de direito do consumidor brasileiras ao comércio eletrônico com consumidores. (MARQUES, 2004, p. 110-111).

No ano de 2008, Elias salientava que grande parte das normas que regulam a formação dos contratos na legislação em vigor, bem como as orientações da doutrina, podem ser aplicadas aos contratos eletrônicos (ELIAS, 2008, p. 154).

Mais próximo dos dias atuais, no ano de 2010, Gonçalves observava que o comércio eletrônico crescia vertiginosamente, não existindo há época regulamentação.

No estágio atual, a obrigação do empresário brasileiro que dele se vale para vender os seus produtos ou serviços, para com os consumidores, é a mesma que o referido diploma atribui aos fornecedores em geral. A transação eletrônica realizada entre brasileiros está, assim, sujeita aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos demais contratos aqui celebrados (GONÇALVES, 2010, p. 149)

Entretanto, no ano de 2013, a Presidenta da República Federativa do Brasil, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, elaborou o Decreto 7.962/2013 que regulamenta a contratação no comércio eletrônico.

Cabe ainda considerar que tramita no Senado o Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012, que “altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico³.

3.1.3.2.2 O destinatário da oferta no comércio eletrônico

O destinatário da oferta no comércio eletrônico pode ser uma pessoa determinada ou indeterminada, tendo as duas o mesmo caráter vinculativo (FINKELSTEIN, 2004, p. 204).

Para Marques, há vários e diferenciados momentos da fase pré-contratual no comércio eletrônico, que interessam ao direito do consumidor, a começar pela oferta ou proposta pública, representativos de *sites*, *links*, *e-mails*, a publicidade, os *spams* e outras

³ http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106768.

manifestações virtuais de vontade negocial de empresas e fornecedores. Tendo em vista que estas manifestações de vontade negocial de fornecedores contêm os elementos da oferta e despertam a confiança dos consumidores, são mais do que simples convites públicos à oferta. Para a autora, estas manifestações de vontade negocial serão consideradas ofertas, no sentido do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, concluindo ainda a autora que serão consideradas propostas no sentido do art. 429 do Código civil de 2002, se comerciais e puramente civis (MARQUES, 2004, p. 109-110).

Segundo Finkelstein, “no caso do *spam*, entendemos que a oferta deva ser considerada como sendo feita a pessoa determinada, uma vez que a correspondência é encaminhada ao correio postal de pessoa determinada” (FINKELSTEIN, 2004, p. 204).

3.1.3.2.3 A revogabilidade da oferta no comércio eletrônico

Sobre a vinculação da oferta no comércio eletrônico, bem como sobre a obrigatoriedade da proposta, Finkelstein se manifesta neste sentido

Como declaração de vontade, a proposta obriga quem a fez, exceção feita ao previsto no artigo 427 do Código Civil de 2002. Neste sentido, a oferta é vinculante para o proponente, que somente poderá se arrepender antes do conteúdo da proposta chegar ao conhecimento da outra parte e revogá-la. Nos termos do Código Civil de 2002, o proponente só poderá revogar a sua oferta se a correspondência epistolar, o despacho telegráfico, a mensagem via fax, telex ou *e-mail*, conferindo nulidade à proposta, chegar antes ou simultaneamente à oferta (FINKELSTEIN, 2004, p. 202).

Mais complexa ainda se mostra a questão da perenização da oferta pois no âmbito do comércio eletrônico ela se dá de forma diferente pois se não for aceita na forma usual (*click*, informação de certos dados etc.), o fornecedor pode retirar a oferta do site sem que o consumidor possa fazer algo, se não a aceitou devidamente, segundo os usos e condições gerais do fornecedor. Destarte, a instantaneidade e iteratividade do meio virtual influencia o regime da oferta e aceitação. Entretanto, seja oferta de consumo ou não, estas práticas de fornecedores no comércio eletrônico fazem nascer deveres de boa-fé geral, como o de informação, identificação do ofertante, identificação da oferta comercial e cuidado com os dados do consumidor entre outros. (MARQUES, 2004, p. 112-113).

Sobre a revogabilidade da oferta no comércio eletrônico, Marques ensina que “A revogabilidade vai depender da lei aplicável ao caso, mas se sugere ao fornecedor já informar as condições da oferta na publicidade, site ou meio eletrônico usado para tal” (MARQUES, 2004, p. 111).

Por sua vez, Finkelstein leciona que “Nos termos do artigo 428 do Código

Civil de 2002, mesmo que a oferta seja efetivada pela Internet, o ofertante só poderá deixar de cumprir os termos da oferta nos casos expressamente previstos em lei” (FINKELSTEIN, 2004, p. 204).

O que não se pode descuidar é que também no comércio eletrônico o consumidor se mostra vulnerável. O meio eletrônico, automatizado e telemático, utilizado profissionalmente pelos fornecedores para oferecerem produtos e serviços aos consumidores, representa para estes um desafio extra ou vulnerabilidade técnica. Efetivamente, muitos consumidores que hoje negociam neste mundo de consumo eletrônico necessitam de uma proteção, e os aplicadores do Direito devem conhecer e dominar as linhas básicas que regem estas e outras negociações de consumo, nacionais ou internacionais (MARQUES, 2004, p. 108-109).

Caso o proponente não queira manter os termos e condições da proposta, ou revogar uma oferta já aceita, no âmbito do comércio eletrônico, Finkelstein apresenta a seguinte solução para satisfação do interesse do outro contratante

Com o recebimento da proposta, mesmo que esta não tenha sido objeto de aceitação, não mais poderá ser objeto de revogação, sendo, por conseguinte, irretratável nos caso de contratação *on line*, em *chats* de conversação, em face de seu caráter *on line*. Assim, caso o proponente não queira manter os termos e condições da proposta, terá de indenizar a outra parte em face da responsabilidade pré-contratual de origem aquiliana. Caso o ofertante queira revogar uma proposta já aceita, há a formação do vínculo contratual e, conseqüentemente, a responsabilidade do proponente (FINKELSTEIN, 2004, p. 202).

Vê-se na solução apresentada pela autora uma aproximação com a solução de caráter civil.

3.1.3.2.4 Proposta entre presentes e ausentes no comércio eletrônico

Para as propostas vinculadas pela internet, a principal questão é se esta deve ser considerada como proposta entre ausentes ou entre presentes. (FINKELSTEIN, 2004, p. 205).

Aplicam as regras de contratação realizada entre presentes ou entre ausentes (OLIVEIRA, 2003, p.267).

Finkelstein classifica “os contratos eletrônicos veiculados em *sites* como entre ausentes e os contratos eletrônicos celebrados em *chats* de conversação como entre presentes. Esta é uma classificação para a qual a tradição de nosso Direito nos capacitou a realizar” (FINKELSTEIN, 2004, p. 208).

Lembra a autora que as partes contratantes podem estar em conferência em tempo real (*on line*) e verem-se reciprocamente por meio de câmaras e recursos eletrônicos instalados em seus computadores. Desde o Código Civil de 1917, admite-se que as propostas por telefone são consideradas como propostas entre presentes, entendendo a autora que o imediatismo também existe em alguns chats de conversação, devendo, por conseguinte, ser consideradas como sendo efetuadas entre presentes (FINKELSTEIN, 2004, p. 205-206).

A título de exemplo de contratos entre presentes no comércio eletrônico, traz-se as lições de Elias que considera que não há intermediadores nem lapsos temporais significativos

(...) Para nós, são exemplos de *comunicação entre presentes*, para esses efeitos, aquelas realizadas com a utilização da tecnologia existente nos *softwares* de comunicação instantânea, tais com o ICQ (AOL/Mirabilis), *Microsoft Messenger* e demais sistemas de troca de mensagens instantâneas/*instant messaging*, conferência eletrônica *on-line* em geral, VoIP, etc. O importante a destacar é que a comunicação realizada nesses ambientes é *efetivamente instantânea* e as partes estão naquele exato momento, assim com em uma ligação por telefone, conversando entre si. Não há intermediadores e nem grandes lapsos temporais que possam descaracterizar a *instantaneidade* (ELIAS, 2008, p. 161-162, grifo no original).

Por sua vez, o contrato realizado por e-mail por apresentar diferentes momentos para sua formalização deve ser considerado como entre ausentes (OLIVEIRA, 2003, p.268).

Importante ressaltar o posicionamento de Elias de que não se pode considerar o *e-mail* tradicional como comunicação entre presentes em razão de existir quebra da instantaneidade. Argumenta o autor que ao enviar um *e-mail* não é possível garantir que chegará ao destino naquele exato momento. Ademais, o caminho percorrido pelo *e-mail* é variado podendo ocorrer, com maior possibilidade, sua retenção, redirecionamento e até mesmo extravio, como ocorria com a correspondência epistolar (ELIAS, 2008, p. 163-164).

3.2 A ACEITAÇÃO

O vínculo contratual nasce quando a proposta e aceitação são ligadas por declarações de vontade convergentes. “Necessário é que a vontade manifesta na proposta seja plenamente compreensível e determinada, devendo a aceitação seguir os mesmos moldes” (FINKELSTEIN, p. 200, 2004).

Em face de sua relevância para formação do vínculo obrigacional, passa-se a

considerações sobre a aceitação no âmbito do direito civil e consumerista.

3.2.1 A aceitação no Código Civil de 2002

De acordo com a nova concepção social de contrato, e tendo em vista o tratamento da obrigação como processo, pode-se afirmar que “a aceitação é manifestação de vontade por meio da qual o destinatário de uma oferta declara que aceitou os termos da proposta, aperfeiçoando-se o contrato entre as partes (OLIVEIRA, 2003, p.253); destarte, a proposta e a aceitação estão dotadas de conteúdo voluntarístico preciso e, como chave e fechadura, estão destinadas um ao outro (WERNER, 2007, p. 112) formando-se o contrato “em decorrência da existência do choque de vontades entre contratante e contratado” (CASSETARI, 2013, 199).

Segundo Silva, “Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos” (SILVA, 2006, p. 17); assim, como a aceitação faz parte deste sistema de processos, tão logo ela (a aceitação da oferta) ocorra, tanto a proposta como a aceitação adquirirão natureza eminentemente contratual (OLIVEIRA, 2003, p.248).

Como destacado, o princípio da boa-fé objetiva é, portanto, um princípio limitador do princípio da autonomia da vontade e um elemento criador de novos deveres contratuais, que deve contar, para sua maior efetividade, com sua previsão legal específica (MARQUES, 2004, p. 203). Há uma série de deveres “e conseqüentes comportamentos que circundam, se for possível falar assim, o simples texto do contrato” (AZEVEDO, 2011, p. 29).

Nesta nova concepção social do contrato, o interesse social ganha espaço no terreno onde predominava a vontade por meio da incidência de normas. “Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão” (MARQUES, 2004, p. 175-176).

Neste sentido o Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na Primeira Jornada de Direito Civil, que reconheceu que “a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

De fato, o oblato, no gozo de sua autonomia contratual, pode não aceitar a oferta nos moldes em que foi proposta, mas ampliá-la. Assim, a oferta inicial será considerada como uma nova oferta dirigida ao proponente inicial. (OLIVEIRA, 2003,

p.254).

Neste sentido Pontes de Miranda esclarece que

Algumas vezes, a aceitação que amplia compreende aceitação e oferta. Então, o contrato ficou perfeito quanto ao que foi oferecido e outro negócio jurídico se pode concluir se o oferente aceita o que, como ampliação da resposta, lhe chegou como oferta. Por exemplo: A telegrafia ‘Ofereço-lhe pelo preço x tantas toneladas’; resposta de B: ‘Compro-lhe mais outras tantas’. A pode recusar a venda de outras tantas. Pode dar-se que a resposta não seja aceitação, mas outra oferta: ‘Compro o dobro, porque as oferecidas não me bastam’ (MIRANDA, TOMO II, 1974, p. 433-434).

Por oportuno, registra-se que a aceitação, em regra, pode ser expressa por meio de palavras escritas, faladas e até com um comportamento concludente que prescindia das palavras. “Exige-se apenas que o modo de expressão, escolhido pelo declarante, manifeste ao destinatário, de modo adequado e por ele inteligível, a vontade de concluir o contrato e o conteúdo que a este se tenciona dar” (ROPPO, 2009, p. 96). Pontes de Miranda por sua vez leciona que “A aceitação pode ser expressa, tácita, ou pelo silêncio. Já frisamos que a distinção entre oferta e aceitação supõe a sucessividade das duas manifestações de vontade, o que nem sempre é discernível, e pode mesmo não se dar” (MIRANDA, 1972, XXXVIII, p. 27).

O Código Civil de 2002 procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma civilista de 1916 para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo (GONÇALVES, 2009, p. 4).

Ressalte-se que a inclusão da cláusula geral da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002 é um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, exarado no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988 (SILVA e MATOS, 2010, p. 70).

Com o advento do Código Civil de 2002, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro nova aplicação à cláusula geral da boa-fé objetiva. Agora, no Código Civilista, a boa-fé objetiva é convidada a regular relações jurídicas paritárias, entretanto, por não haver, em princípio, desequilíbrio contratual a ser sanado não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé nessas relações paritárias (SILVA e MATOS, 2010, p. 84-85).

Por se tratar de norma de comportamento (AZEVEDO, 2011, p. 28), a cláusula geral da boa-fé prevista pelo Código Civil faz nascer deveres anexos de lealdade, colaboração e informação (SILVA e MATOS, 2010, p. 85), inclusive na fase de aceitação.

Nas lições de Silva se encontra a explicação de que a boa-fé possui múltiplas significações dentro do direito e, em relação às obrigações, a boa-fé se manifesta “como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção

explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, *criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos* (grifou-se)” (SILVA, 2006, p. 33)

Destarte, a boa-fé objetiva é convidada a disciplinar relações jurídicas paritárias, cabendo sua observação também na fase de aceitação, não somente pelo proponente, mas também pelo oblato em razão de que “Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo” (SILVA, 2006, p. 19, grifo no original).

O Código Civil de 2002 disciplina a retratação da aceitação da proposta por meio do art. 433, considerando inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

Desse modo, “a regra, portanto, é que eventual retratação deve se dar antes ou concomitantemente ao recebimento da aceitação pelo proponente. Caso a retratação chegue ao ofertante após a chegada da aceitação, as vontades já terão se unido e o contrato já está formado” (OLIVEIRA, 2003, p.256).

3.2.2 A aceitação no Código de Defesa do Consumidor

O Art. 46 do Código de Defesa do Consumidor é claro ao estabelecer que os contratos de consumo não obrigam se não lhes for dada oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Aproximadamente vinte anos antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, Gomes, já atacava questões fulcrais sobre o consentimento nos contratos de adesão, arguindo que os adeptos da construção contratualista exigiam que, no momento de conclusão do contrato, o aderente tomasse conhecimento de suas cláusulas ou, ao menos, que pudesse ter esse conhecimento usando a diligência comum. Os contratualistas pretendiam com isso manter o contrato de adesão sujeito ao mesmo regime dos contratos de livre consentimento, admitindo-se que o efetivo conhecimento das cláusulas, ainda que prejudiciais, seria suficiente a garantir o correto funcionamento do mecanismo contratual

(GOMES, 1972, p. 12).

Nos dias atuais, aproximadamente, vinte anos após o advento do Código de Defesa do Consumidor, Marques, considera-se que existe um dever de transparência nas relações de consumo. Destarte, o consumidor deve ser informado, pelo menos, deve ter a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato. Adicione-se a este conhecimento a necessidade de o contrato de adesão ter de ser redigido de tal forma que possibilite a sua compreensão usando a diligência de um homem comum (MARQUES, 2004, p. 63).

De fato, o art. 46 é de clareza solar ao dispor que os contratos de consumo não obrigam os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo. O fornecedor tem o dever de informar previamente o consumidor sobre o conteúdo do contrato, inclusive se serão incluídas no contrato condições gerais por ele pré-estabelecidas, e dar ao consumidor oportunidade de ler as cláusulas incluídas nos contratos de massa. Caso seja descumprido o dever de informar pelo fornecedor, será desconsiderada a aceitação do consumidor, forte no art. 46. A oferta, entretanto, continua vinculando o fornecedor que ficará sujeito às sanções previstas no art. 35 (MARQUES, 2011, p. 96). Importa, destarte, considerar que “os primeiros e mínimos passos do fornecedor em direção a essa contratação já são objeto de atenção por parte do ordenamento” (WERNER, 2007, p. 115).

O dever de informar que incumbe ao fornecedor é mais uma das expressões do dever de transparência; (...) transparência sobre os termos e conteúdo do contrato. Não basta conferir o acesso aos termos do futuro contrato; torna-se necessário assegurar que o consumidor não tenha uma percepção falsa percepção sobre as consequências da vinculação. Essa percepção falsa que no âmbito do direito civil poderia ser atribuída à falta de diligência do consumidor, no âmbito do Código do Consumidor não pode ser de responsabilidade do consumidor, visto que o dever de educação sobre a contratação foi atribuído ao fornecedor (WERNER, 2007, p. 116-118).

Conforme ensina Marques, após a aceitação do consumidor o vínculo entre os contratantes transforma-se em vínculo de natureza contratual

Esta vinculação obrigacional possui natureza, inicialmente, pré-contratual, pois é somente uma declaração unilateral de vontade da qual decorrem deveres jurídicos para o fornecedor e a qual correspondem direitos para os consumidores expostos à publicidade. Explicitando mais ainda que: Após a aceitação, a natureza do vínculo obrigacional ligando o fornecedor e o consumidor (da publicidade) transforma-se em vínculo de natureza contratual, se bem que suas características continuem as mesmas e apenas acrescente-se a possível

exigibilidade da prestação principal (MARQUES, 2004, p. 626).

Entretanto, com o objetivo de proteger a declaração de vontade do consumidor o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 49, inova o ordenamento jurídico nacional e introduz um prazo de arrependimento. Destarte, é assegurado ao consumidor a possibilidade de decidir com calma se vai contratar ou não (MARQUES, 2011, p. 97).

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Observa-se assim que, no artigo em comento, está esculpido significativo instrumento de proteção contratual do consumidor. (...) O sistema de vendas externas é altamente agressivo, atinge o consumidor em casa e lhe cria necessidade artificial sobre algo de que não precisa. Tanto não precisa que não saiu de casa para procurar o bem ou serviço (CAVALIERI FILHO, 2010, p.145).

É necessário informar o consumidor sobre o conteúdo e os termos do contrato para que tenha precisa noção das conseqüências de contratação (WERNER, 2007, p. 115). Entretanto, forte no art. 49, o consumidor pode “desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ocorrer *fora do estabelecimento comercial*, especialmente por telefone ou a domicílio” (MARQUES, 2011, p. 97, grifo no original).

Em suas lições, Marques conjectura que “Estes prazos de reflexão como que suspendem a eficácia do contrato, para que este possa refletir melhor se deseja realmente vincular-se contratualmente” (MARQUES, 2011, p. 97).

Cavaliere Filho ensina que o consumidor pode desistir do contrato independentemente de qualquer justificativa. Assim, a lei confere ao consumidor a faculdade de desistir da compra realizada por impulso, realizada sob a influência de técnicas agressivas de *marketing* (CAVALIERI FILHO, 2010, p.145).

O Código de Defesa do Consumidor constitui uma poderosa intervenção do estado para garantir um novo equilíbrio nas relações contratuais consumeristas. Segundo Marques

O Código de Defesa do Consumidor representa, portanto, uma considerável modificação no ordenamento jurídico brasileiro, um novo regime legal para a maioria dos contratos na sociedade. É o nascimento de um novo equilíbrio, desta vez imperativo, nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores de bens e serviços.

Passamos de uma visão liberal e individualista para uma visão social do contrato, onde a função do direito é garantir a equidade e a boa-fé nas relações de consumo, superando o dogma da autonomia da vontade. O Codecon não

representa o fim da autonomia privada nos contratos, mas sim, uma potente intervenção do Estado, reduzindo em muito o espaço antes reservado para a vontade do indivíduo (MARQUES, 2011, p. 104).

O desequilíbrio marcante nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores exigiu a ação protetora do Estado para os parceiros contratuais hipossuficientes, em face do incremento da vida contratual, da massificação dos contratos, da concentração de capitais e dos monopólios na nova sociedade de consumo (MARQUES, 2011, p. 93). Enfim, nas palavras de Cavalieri Filho, “o regime dos contratos de consumo, portanto, visa proteger o contratante vulnerável, o consumidor, proteção essa que, como veremos, começa na fase pré-contratual e se estende até a fase pós-contratual” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 119).

3.2.3 A aceitação nos métodos de contratação em massa

Por interessante à complementação das observações sobre a aceitação no processo de formação do vínculo obrigacional, neste tópico se abordará a aceitação nos métodos de contratação em massa; fenômeno inarredável do atual contexto social e econômico.

3.2.3.1 A aceitação (adesão) nos contratos de adesão

Em suas lições Gomes analisava a aceitação no contrato de adesão e exarava a afirmação que “a aceitação se dá por um modo e em condições de fato que destoam da normalidade” (GOMES, 1972, p. 21).

Enquanto não ocorrer a manifestação e vontade do consumidor, o simples modelo pré-elaborado do contrato de adesão se constitui em oferta geral e potencial. O consentimento do consumidor, por meio da adesão, é que provoca o nascimento do contrato, a concretização do vínculo contratual entre as partes (MARQUES, 2004, p. 62).

Marques considera que existe um dever de transparência nas relações de consumo. Destarte, o consumidor deve ser informado, pelo menos, deve ter a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato. Adicione-se a este conhecimento a necessidade de o contrato de adesão ter de ser redigido de tal forma que possibilite a sua compreensão usando a diligência de um homem comum (MARQUES, 2004, p. 63).

A forma de consentimento permite que se identifique com rapidez se tratar de contrato de adesão

É a forma do consentimento que identifica mais rapidamente a figura jurídica do contrato de adesão se, obviamente, a predisposição unilateral do seu conteúdo for realizada para contratos em massa. Afinal, a aceitação em bloco de cláusulas preestabelecidas significa que o consentimento sucede por adesão, prevalecendo a vontade do predisponente que (...) dita a sua lei, não mais a um indivíduo, senão a uma coletividade indeterminada. (...) Visto sob o ângulo da formulação dos vínculos pessoais, patenteia-se o mesmo processo de estruturação, porquanto uma das partes adere a cláusulas, que tem de aceitar globalmente, não participando na sua formulação (GOMES, 1972, p. 4-5).

Pelas características, neste trabalho já destacadas, que lhe são próprias, o contrato de adesão exige somente a capacidade dos parceiros contratuais, resultando que a figura do erro é irrelevante visto que o consentimento se dá por adesão a uma vontade manifestada de maneira complexa no instrumento contratual (MARQUES, 2004, p. 64). “Esse método de conclusão subverte o modo normal de formação dos negócios jurídicos de natureza contratual, considerando essencial e necessário a preservar o equilíbrio dos interesses contrapostos e harmonizados pelo acordo de vontades” (GOMES, 1972, p. 11).

A diferença entre os contratos paritários e os contratos de adesão assenta no fato de que nos primeiros a vontade que não se limita ao poder de contratar; estende-se, inclusive, no poder de plasmar o próprio conteúdo contratual. Em contrapartida, nos contratos padronizados o aderente, integrante de uma massa anônima de pessoas, não dispõe do poder de plasmar o conteúdo contratual em razão de estar diante de um modelo contratual. Assim, o aderente se limita a aderir ao conteúdo contratual com que se depara (MIRANDA, 2002, p. 16-17)”

Destarte, conforme ensina Gomes, “o momento da formação dos contratos de adesão é importante porque concretiza uma relação potencial. As cláusulas gerais são juridicamente irrelevantes antes de se inserirem no contexto de um contrato individual” (GOMES, 1972, p. 42).

3.2.3.2 A aceitação no comércio eletrônico

A vontade do consumidor no comércio eletrônico “pode ser expressa por palavras ou atos (tocar símbolos, ícones, fazer *clicks – point and click agreements, click-wrap agreements* – e condutas sócias típica etc.), mas não presumida pelo silêncio” (MARQUES, 2004, p. 117).

Por ocasião da III Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado 173 que,

de forma sucinta e clara definiu o momento de formação dos contratos entre ausentes, por meio eletrônico

173 – Art. 434: A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.

Em seus esforços doutrinários sobre o momento de formação dos contratos eletrônicos, Finkelstein entende “que aos contratos eletrônicos se aplica a regra da expedição, aperfeiçoando-se o contrato a partir do momento em que a aceitação é expedida a quem faz a oferta” (FINKELSTEIN, 2004, p. 210).

Como se vê, a preocupação foi estabelecer o momento de formação dos contratos realizados por meio eletrônico e não quaisquer requisitos formais para a formação, visto que “Não há requisito formal para a aceitação nos contratos eletrônicos, por serem eles consensuais. Nos contratos eletrônicos, geralmente a aceitação se faz mediante o *click* na tecla aceitar. A aceitação obriga o proponente”. (FINKELSTEIN, 2004, p. 209).

Com respaldo no art. 1.081 do Código Civil, Santolin faz luz sobre a aceitação da proposta e seu conhecimento pelo proponente no sentido de que a força obrigatória do contrato no comércio eletrônico nasce “desde o momento em que tem conhecimento da aceitação lançada pelo outro contratante. Da parte deste, desde o momento em que efetua a expedição da sua manifestação, *ex vi* do art. 1.086 do mesmo diploma legal, o que quer dizer: desde o instante em que, usando o acesso ao computador de que dispõe, manifesta sua vontade” (SANTOLIM, 1995, p. 30, grifo no original).

A aceitação da proposta no comércio eletrônico deve ocorrer no prazo marcado, caso a aceitação alcance o proponente fora do prazo, este deve notificar o aceitante, nos termos do artigo 430 do Código Civil de 2002 aceitação (FINKELSTEIN, 2004, p. 209).

Analisando a aceitação entre presentes e ausentes no mercado eletrônico, Marques arrazoa que entre presentes a aceitação deve ser imediata, o que é bastante complicado em caso de ofertas interativas (em *Internet Relay Chat*). Já no caso de ofertas entre ausentes, a autora considera que é preferível a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor (artigos 30, 34, 35 e 48), em detrimento da disciplina do art. 1.081 do CCB e as novas normas dos arts. 427 e ss do Código Civil de 2002. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor resulta na ocorrência da força vinculativa em face da teoria da declaração e da confiança (MARQUES, 2004, p. 116-117).

De fato, a conclusão de contrato eletrônico de consumo por meio de troca de

mensagens (*e-mail*) observa o regramento previsto no Código Civil de 2002 para a oferta e aceitação por correspondência, em razão de existir um lapso temporal entre a oferta e a aceitação. De fato, não há imediatidade na troca de e-mails entre os contratantes (KLEE, p. 20-21, 2012).

No caso de a aceitação da oferta ocorrer por meio de um *click* na opção *aceito* que consta no site do fornecedor, o contrato celebrado é contrato de adesão entre presentes (KLEE, p. 20-21, 2012).

Em sentido contrário se encontra o entendimento de Finkelstein que afirma que “Situação um tanto diferente é a proposta veiculada em um *site*. Neste caso, não há imediatismo. O ofertante e o aceitante não estão *on line* conversando. Assim, neste caso, deve ser aplicado o inciso II do artigo 428 do Código Civil de 2002, sendo essa considerada uma proposta entre ausentes” (FINKELSTEIN, 2004. p. 206).

Importante trazer à colação o entendimento de Marques sobre a forma da contração eletrônica, concluindo que há a qualidade de documento eletrônico

A doutrina ainda cuida da forma da contratação eletrônica, concluindo que o contrato é por escrito e há a qualidade de documento ao documento eletrônico, do lugar da contratação (...), da assinatura eletrônica, da eficácia probatória dos documentos eletrônicos, da responsabilidade dos intermediários e do organizador da cadeia de fornecimento pela Internet e das garantias no comércio eletrônico (MARQUES, 2004, p. 118).

Para tratar do direito de arrependimento, Marques evoca o entendimento unânime da doutrina “que aos contratos à distância do comércio eletrônico se aplica o art. 49 do CDC e o prazo de reflexão de 7 dias.” (MARQUES, 2004, p. 118). No mesmo sentido se encontra Elias; entretanto, ele destaca que o artigo em comento se aplica “evidentemente em relações de consumo” (ELIAS, 2008, p. 170).

De seu lado, Finkelstein evoca a disciplina do Código Civil de 2002 para disciplinar a possibilidade de retratação no sentido de que o diploma civilista “prevê a possibilidade de retratação do aceitante desde que esta chegue ao proponente antes ou simultaneamente à aceitação” (FINKELSTEIN, 2004, p. 209).

Salta aos olhos que a divergência é apenas aparente, visto que, por se tratar de técnica de contratação, o contrato eletrônico pode ser convidado a disciplinar relações civis, empresariais e consumeristas. Assim, as regras aplicáveis às relações jurídicas entabuladas no comércio eletrônico vão ser determinadas caso a caso.

3.3 A CONCLUSÃO DOS CONTRATOS

A conclusão sobre se um contrato se formou ou não constitui “o resultado de uma qualificação de determinados comportamento humanos, operada por normas jurídicas. (...) a formação do contrato consiste num *processo*, (...) numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si” (ROPPO, 2009, p. 85, grifo no original). O adimplemento da obrigação “atrai e polariza a obrigação. É o seu fim” (SILVA, 2006, p. 17). A obrigação como processo permite “focar o sentido final das obrigações as quais, viradas para um escopo, vão sofrendo alterações durante o seu percurso temporal, sem prejuízo da identidade de base” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p.590).

A nova concepção de contrato é uma concepção social do instituto, “para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição social e económica das pessoas neles envolvidas ganha importância” (MARQUES, 2004, p. 175). Entretanto, o consentimento é essencial para a formação dos contratos, visto que a formação do contrato somente se dará com o consenso alcançado pela manifestação de aceitação (OLIVEIRA, 2003, p. 244-248).

Observa Silva que o adimplemento de um crédito pode não extinguir ou modificar a relação obrigacional, podendo perdurar em razão de dever secundário independente

Nesse processo hermenêutico, cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos (...)(SILVA, 2006, p. 35).

Basta sinalar que apenas em nossos dias, passou-se a considerar o vínculo obrigacional como um todo, o qual, muitas vezes, não se altera ou modifica com certas alterações e modificações sofridas pelas partes. Por esse motivo, o adimplemento de um crédito determinado pode não extinguir, ou modificar, a relação jurídica (...)

Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente (SILVA, 2006, p. 18-20).

Neste sentido o Enunciado 170 do Conselho da Justiça Federal que estabelece “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Destarte, mostrando-se em consonância com a nova concepção social de contrato, o referido Enunciado privilegia a noção de que a relação obrigacional constitui

um conjunto de atos e atividades visando a um escopo econômico e social, e deve ser observada sob o aspecto dinâmico e funcional (TEPEDINO, SCHREIBER, 2008, v. IV, p. 17). Reconhece-se que, a teor do Enunciado 168 do Conselho da Justiça Federal, “O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação” e que, a exemplo do afirmado no Enunciado 25 do CJP, “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

Noronha lecionava que esta concepção de contrato de que se está tratando encontra assento nos princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual (NORONHA, 1994, p. 102).

Particularmente em relação à proteção quando da formação dos contratos no âmbito consumerista, esta proteção se concentra na declaração de vontade deste, instituindo o Código de Defesa do Consumidor o princípio da transparência nas relações de consumo (MARQUES, 2011, p. 94).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve por objeto a análise da formação dos contratos civis e consumeristas à luz da nova concepção de contrato, tendo em vista a introdução de uma nova concepção social de contrato no ordenamento jurídico com a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

O estudo no primeiro capítulo do papel da autonomia da vontade possibilitou a análise da formação dos contratos e o papel preponderante da vontade na ciência jurídica do século XIX, sendo definido o contrato como a união de mais de um indivíduo declarando a vontade em consenso.

Destarte, a declaração de vontade dos contratantes era elemento principal, dando origem ao contrato, legitimando-o e estabelecendo seu poder obrigatório. As partes não se submetiam as leis que não fossem as estipuladas entre si porque eram livres para tanto e somente por meio da vontade poderiam assumir obrigações. Somente haveria contrato onde houvesse uma vontade comum.

Como divisor de águas na história do direito o Código de Napoleão erigiu a autonomia da vontade como valor essencial estabelecendo de forma indelével a concepção clássica de contrato. Por relevante, registre-se que o referido diploma influenciou numerosos ordenamentos no mundo.

A escola pandectista criou a categoria de negócio jurídico tornando-se necessária sua explicação fora do dogma da vontade, substituindo-o pelo dogma da autonomia privada entendida como a liberdade de os contraentes regularem seus interesses particulares.

Em face das novas transformações políticas e econômicas, tornou-se necessária a criação de novos métodos de contratação como o contrato de adesão e condições gerais dos contratos em razão de atenderem de modo prático o movimento das citadas transformações.

A despersonalização dos contratos provocou discussões a respeito da crise do contrato, propagando-se a afirmação de que o contrato era morto. Em verdade, o contrato

não morreu, ressurgiu das próprias cinzas, tal qual a fênix.

No segundo capítulo analisa-se o surgimento da nova concepção de contrato social, visto que o conceito clássico não mais se adequava para reger uma realidade transformada política e economicamente pelo processo de industrialização e massificação das relações contratuais. Sem embargo, o contrato havia sofrido um processo de rejuvenescimento.

A nova concepção de contrato não dava importância somente ao momento de manifestação de vontade, mas também a condição sócio-econômica dos contratantes, tornando-se ponto de convergência de direitos individuais constitucionais.

O sujeito de direito havia sido resignificado em razão de ser titular de direitos individuais constitucionais prevalentes sobre os interesses particulares.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor representaria um grupo de normas cogentes que refletiriam uma nova teoria contratual. Por sua vez, o Código Civil de 2002, inspirado no Código de Defesa do Consumidor traria também em seu arcabouço a nova teoria contratual, constatando-se a aproximação principiológica entre ambos.

Por fim, no terceiro capítulo trabalhasse a formação do contrato à luz da nova concepção de contrato não se perdendo de vista a aproximação principiológica entre o Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, ressaltando-se que alguns institutos civilistas são incompatíveis com a dinâmica consumerista.

Não menos importantes são as considerações sobre a formação nos novos métodos de contratação em massa como o comércio eletrônico e contratos de adesão, que se tem vulgarizado na sociedade de consumo massificada.

Por fim, cabe considerar que o contrato em seu caráter mutante, transformando-se, adaptando-se aos diversos contextos sociais, econômicos e políticos no qual está inserido, continua e continuará proporcionando o fluxo de bens e serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Luiz Fernando. Uma reflexão hermenêutica da defesa do consumidor: a interpretação das relações de consumo como instituto da pós-modernidade e da sociedade de risco. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 47, ano 12, p. 505-531, jul-set/2011.
- ALVES, André Cordelli. Contrato de Adesão. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 46, ano 12, p. 269-296. Abr-jun/2011.
- ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2003.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de Andrade. **Contrato Eletrônico: no novo Código Civil e no Código do Consumidor**. Barueri: Manole, 2004.
- BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio: negociação, conclusão, prática**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, 3.ed.
- BLUM, Renato Ópice. Novo Código Civil aumenta responsabilidades na Internet. http://www.conjur.com.br/2003-jan-09/codigo_civil_aumenta_responsabilidades_internet, acesso em 14-10-2013, às 13:48h.
- CASSETTARI, Christiano. **Elementos de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Reflexões sobre a Teoria Geral dos Contratos. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI97780,51045-Reflexoes+sobre+a+Teoria+Geral+dos+Contratos>, acesso em 12-12-2013, às 18:00h.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados**. <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>, acesso em 18-10-2013, às 23:38h.
- DINIZ, Maria Helena. **Contrato Eletrônico: no novo Código Civil e no Código do Consumidor** (Prefácio). Barueri: Manole, 2004.
- ELIAS, Paulo Sá. **Contratos Eletrônicos: e a formação do vínculo**. São Paulo: Lex Editora S.A., 2008.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 8. ed.

GALEA, Felipe Evaristo dos Santos. Confiança do consumidor na sociedade de risco massificada. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 47, ano 12, p. 449-474. jul-set/2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Contrato de Adesão**. São Paulo: RT, 1972.

_____. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Responsabilidade Civil**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Um novo paradigma nos contratos**. http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/7/79/Eros.Grau_paradigma.contratos.pdf, acesso 18-10-2013, às 23:42h.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A atualização do Código de Defesa do Consumidor: o projeto de lei do Senado nº 281/2012 sobre o comércio eletrônico e a proteção do consumidor na Internet. **Revista Jurídica**, São Paulo, Ano 60, n. 420, p.9-52, out/2012.

LUCCA, de Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor**. v. IV. São Paulo: RT, 2011.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **A aplicação do princípio da boa-fé nas relações contratuais**. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2701, acesso 29-10-2013, às 26:20h.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Tomo II, parte geral**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974.

_____. **Tratado de Direito Privado**: Tomo XXXVIII, parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das obrigações: 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 2007, 35 ed.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentados pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. A aurora na formação dos contratos: a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 4. n. 15, p. 242-271. jul-set/2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos, v. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 18. n. 71, p. 168-194, jul-set/2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, 29.ed.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Michael Cesar; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. Lineamentos do Princípio da Boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: uma releitura na perspectiva civil-constitucional. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 398, p. 61-90, dez/2010.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Coordenador: AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Código Civil Comentado, v. IV**. São Paulo: Atlas, 2008.

VASCONCELLOS e BENJAMIN, Antônio Herman de. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Direito Contratual Contemporâneo**: a liberdade contratual e sua fragmentação. São Paulo: Método, 2008.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Obrigações e Contratos. 12. ed. São Paulo: RT, 1995.

WERNER, José Guilherme Vasi. **A Formação, o Controle e a Extinção dos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.